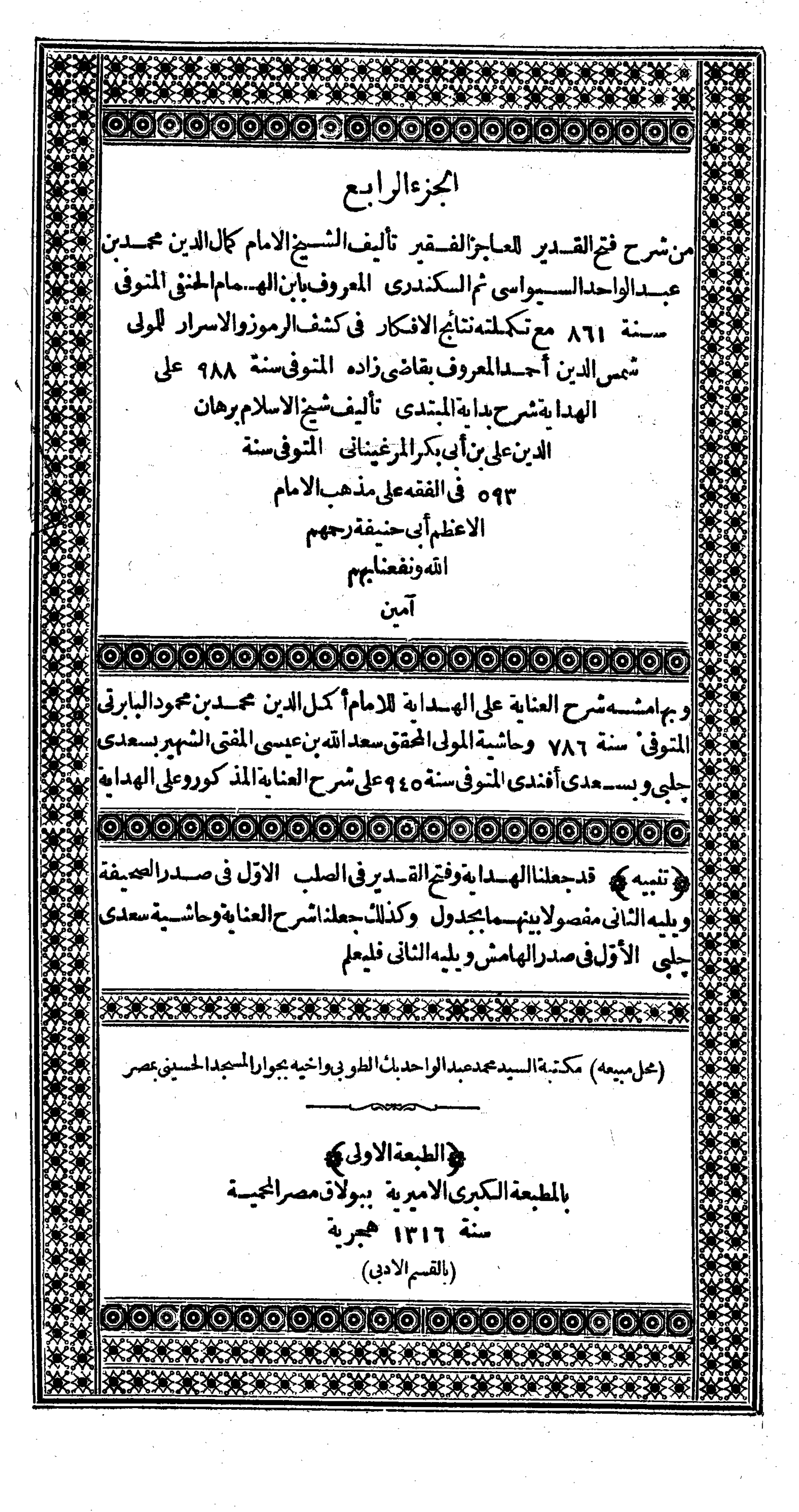


الجزء الرابع

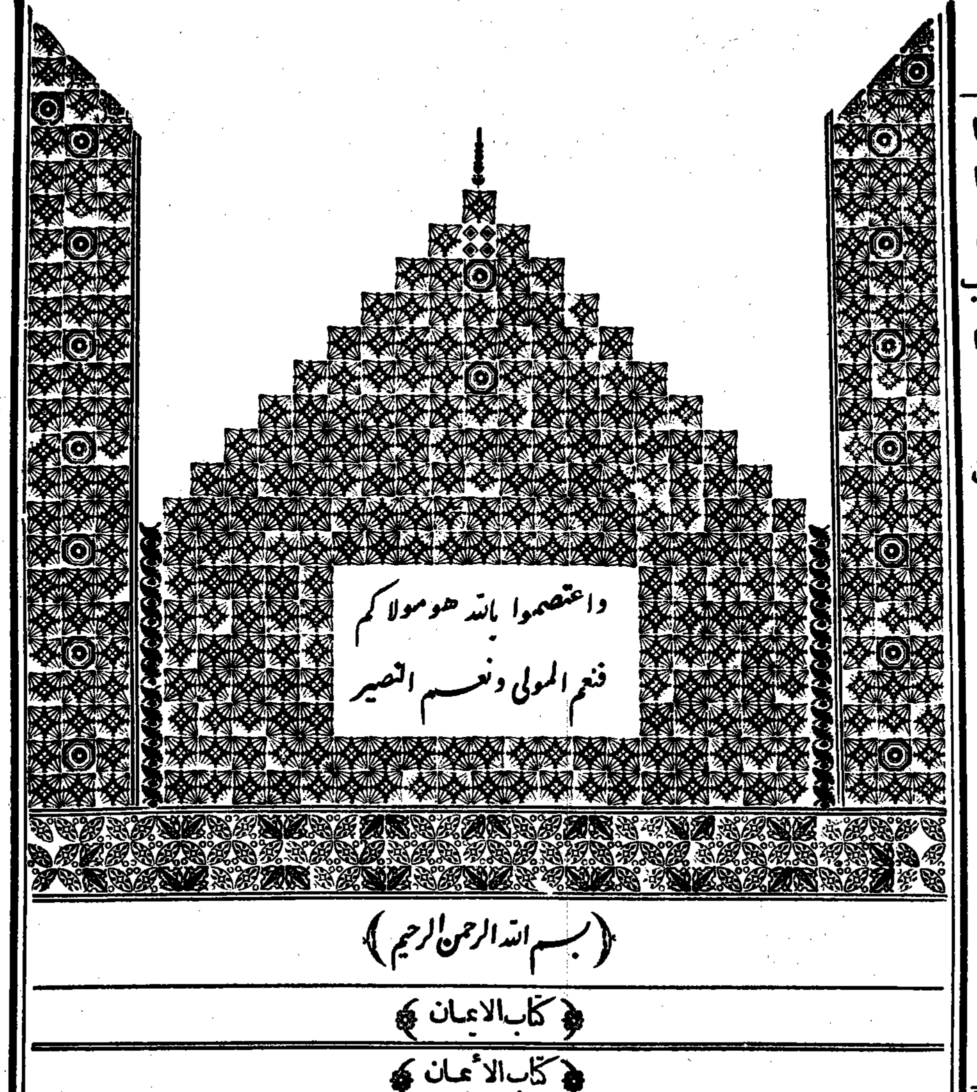
من شرح فتح القدير للعاجز الفقير تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن
عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى
سنة ٨٦١ مع تكملته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار للمولى
شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ على
الهداية شرح بداية المبتدي تأليف شيخ الاسلام برهان
الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة
٥٩٣ في الفقه على مذهب الامام
الاعظم أبي حنيفة رحمهم
الله ونفعنا بهم
آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي
جلبي وبسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

(تنبيه) قد جعلنا الهداية وفتح القدير في الصلب الاول في صدر الصحيفة
ويليه الثاني مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدي
جلبي الأول في صدر الهامش ويليه الثاني فليعلم

(محل مبيعه) مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبي وأخيه بجوار المسجد الحسيني بمصر

الطبعة الاولى
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٦ هجرية
(بالقسم الادبي)



(بسم الله الرحمن الرحيم)

كتاب الايمان

كتاب الأيمان

اشترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح فى ان الهزل والاكراه لا يؤثر فيه الا أنه قدم على الكل النكاح لانه أقرب الى العبادات كما تقدم والطلاق رفعه بعد تحققه فايلاؤه اياه أوجه واختص الاعتاق عن الايمان بزيادة مناسبة بالطلاق من جهة مشاركته اياه فى تمام معناه الذى هو الاسقاط وفى لازمه الشرعى الذى هو السراية فقدمه على اليمين ولفظ اليمين مشترك بين الجارحة والقسم والقوة لغة والاولان ظاهران وشاهد القوة قوله تعالى لأخذنا منه باليمين وقول الشماخ وقيل الحطيئة

رأيت عرابة الاوسى يسمو * الى الخيرات منقطع القرين
اذا ما راية رفعت لمجد * تلقاها عرابة باليمين

أى بالقوة ثم قولهم انما سمى القسم يمينا لوجهين أحدهما أن اليمين هو القوة والحالف يتقوى بالاقسام على الحمل أو المنع والثانى أنهم كانوا يتماسكون بأيمانهم عند القسم فسميت بذلك يفيد أنه لفظ منقول ومفهومه اللغوى جملة أولى انشائية صريحة الجزأين يؤكد بها جملة بعدها خبرية وترك لفظ أولى يصيره غير مانع لدخول نحو زيد قائم زيد قائم وهو على عكسه فان الاولى هى المؤكدة بالثانية من التوكيد اللفظى وجملة أعم من الفعلية كحلفت بالله لأفعلن أو أحلف والاسمية مقدمة الخبر كعلىّ عهد الله أو مؤخرته نحو لعمرك لأفعلن وهو مثال أيضا الغير المصرح بجزأيها ومنه والله وتالله فان الحرف جعل

كتاب الايمان

المناسبات التى تقدم ذكرها بين الكتب الى ههنا اقتضت الترتيب على ما تقدم وذكر الايمان عقيب العتاق لمناسبتهما له فى عدم تأثير الهزل والاكراه فيهما واليمين فى اللغة القوة قال الله تعالى لأخذنا منه باليمين وفى الشريعة عقد قوى به عزم الحالف على الفعل أو الترك وشرطها كون الحالف مكلفا وسببها ارادة تحقيق ما قصده وركنها اللفظ الذى ينعقد به اليمين وحكمه البر فيما يجب فيه البر والكفارة عند فواته وانما قيد بقوله فيما يجب البر فيه لان من الأيمان ما يجب فيه الحنث على ما سيأتى

كتاب الايمان

(قوله وشرطها كون الحالف مكلفا) أقول وفى البدائع أى مسلما عاقلا بالغا فلا يصح يمين الكافر عندنا حتى ان الكافر اذا حلف على يمين ثم أسلم فحنث لا كفارة عليه خلافا للشافعى اه وقوله لا كفارة عليه هذا عندنا لانها عبادة والكافر ليس من أهلها وقوله خلافا للشافعى لان الكافر من أهل اليمين عنده ولذلك يستحلف فى الدعاوى والخصومات وكذا يصح ايلاؤه

(والايمان على ثلاثة أضرب) لان اليمين بالله إما ان يكون فيها مؤاخذة أولا فان كانت فاما ان تكون دنيوية فهي المنعقدة أو أخروية فهي الغموس وان لم تكن فهي اللغو (فالغموس هي الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه) وذكر المضي ليس بشرط بل هو بناء على الغالب ألا ترى أنه اذا قال والله انه لزيد وهو يعلم

انه ليس بزيد كان غموسا (فهذه

قال (الايمان على ثلاثة أضرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كاذبا أدخله الله النار (ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار) وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فأشبه المعقودة ولنا أنها كبيرة محضة

عوضا عن الفعل وأسماء هذا المعنى التوكيدي ستة الحلف والقسم والعهد والميثاق والايلاء واليمين وخرج بانشائية نحو تعليق الطلاق والعتاق فان الاولى ليست انشاء فليست التعاليق أيمانا لغة وأما مفهومه الاصطلاحي فجملة أولى إنشائية مقسم فيها باسم الله تعالى أو صفته ومؤكد بها مضمون ثانية في نفس السامع ظاهرا أو تحمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد ظاهرا الغموس أو التزام مكروه كفر أو زوال ملك على تقدير ليمنع عنه أو محبوب ليحمل عليه فدخلت التعليقات مثل ان فعل فهو يهودي وان دخلت فأنت طالق بضم التاء لمنع نفسه وبكسرها لمنعها وان بشرتني فأنت حر وسببها الغائي تارة ايقاع صدقه في نفس السامع وتارة حمل نفسه أو غيره على الفعل أو الترك فبين المفهوم اللغوي والشرعي عموم من وجه لتصادقهما في اليمين بالله وانفراد اللغوي في الحلف بغيره مما يعظم وانفراد الاصطلاحي في التعليقات ثم قيل يكره الحلف بالطلاق والعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله الحديث والاكثر على أنه لا يكره لانه لمنع نفسه أو غيره ومحمل الحديث غير التعليق مما هو بحرف القسم وركنها اللفظ الخاص وأما شرطها فالعقل والبلوغ وحكمها الذي يلزم وجودها وجوب البر فيما اذا عقدت على طاعة أو ترك معصية فيثبت وجوبان لامرين الفعل والبر ووجوب الحنث في الحلف على ضدهما أو ندبه فيما اذا كان عدم المحلوف عليه جائزا وسيأتي واذا حنث فيما يجوز فيه الحنث أو يحرم لزمته الكفارة (قوله اليمين على ثلاثة أضرب يمين الغموس) والاصح من النسخ اليمين الغموس على الوصف لا الاضافة أو يمين غموس وأما يمين الغموس فاضافة الموصوف الى صفته وهي ممنوعة وما قيل هو كعلم الطب رد بانه اضافة الجنس الى نوعه لان الطب نوع لا وصف للمضاف ومثل صلاة الاولى مقصور على السماع وسميت غموسا لغمسها صاحبها في الاثم ثم في النار فعول بمعنى فاعلة بصيغة المبالغة (قوله فالغموس هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب به) وليس هذا بقيد بل الحلف على الحال أيضا كذلك كوالله ما لهذا علي دين وهو يعلم خلافه والحديث المذكور غريب بهذا اللفظ ومعناه ثابت بلا شبهة وأقرب الالفاظ اليه ما في صحيح ابن حبان من حديث أبي امامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم حرم الله عليه الجنة وأدخله النار وفي الصحيحين لقي الله وهو عليه غضبان وفي سنن أبي داود من حديث عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوأ مقعده من النار والمراد بالمصبورة الملزمة بالقضاء والحكم أي المحبوس عليها لانها مصبور عليها (قوله ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار) وهو قول أكثر العلماء منهم مالك وأحمد رضي الله عنهما (وقال الشافعي رحمه الله فيها الكفارة لانها شرعت) في الاصل وهي المعقودة (لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق) في الغموس فيتعدى اليه وجوبها (ولنا انها كبيرة محضة) لما ثبت في صحيح البخاري من حديث ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال الكبائر الاشراك بالله وعقوق

اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كاذبا أدخله الله النار) ولولا الاثم لما كان كذلك واسمه يدل على معناه لانه ما سمي غموسا الا لانها تغمس صاحبها في الاثم ثم في النار وقال شمس الائمة السرخسي اليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمى النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحر بيعا مجازا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع والتعريف الذي ذكرنا لم يتناوله (ولا كفارة فيها لكن فيها التوبة والاستغفار وقال الشافعي فيها الكفارة لان الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق) ذلك الذنب (بالاستشهاد بالله كاذبا) فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما في المعقودة (ولنا انها) أي اليمين الغموس (كبيرة محضة)

(قوله لان اليمين بالله الخ) أقول خص اليمين بالله بالذكر لان الغموس واللغو لا يتصوران في اليمين بغير الله كالطلاق والعتاق ولا ينتقض هذا بقولهم هو يهودي أو نصراني ان كان فعل كذا الشئ قد فعله فانه غموس كما سيجيء مع أنه ليس يمينا بالله لانه كناية عن اليمين بالله وان لم يعقل وجه الكناية صرح به في البدائع

لقوله عليه الصلاة والسلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر منها الغموس وكل ما هو كبيرة محضة لا تناط بها العبادة لما أن أسباب العبادات لابد وان تكون أمورا مباحة كما عرف في الاصول (والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط الغموس بها بخلاف المعقودة لانها مباحة) فجاز أن تناط بها العبادة وفيه بحث من أوجه الاول لو كان ماذكرتم صحيحا لما وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكرا من القول وزورا وهذا نقض اجمالي الثاني لما وجبت بالادنى وجبت بالاعلى بطريق الاولى الثالث الكبيرة سيئة والعبادة حسنة واتباعها اياها مباح لها لقوله عليه الصلاة والسلام أتبع السيئة الحسنة تمحها وهاتان معارضتان والجواب عن الاول ان الكفارة لم تجب بالظهار بل بالعود الذي هو العزم على الوطء وهو مباح وعن الثاني بانه لا يلزم من رفع الاضعف بشيء رفع الاقوى به وعن الثالث بأن الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ومقابلة هذه الحسنة لهذه السيئة ممنوعة بل المظنون خلاف المقابلة لقوله صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر لا كفارة فيهن الحديث وقوله (ولو كان فيها ذنب) جواب عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب والمنعقدة فيها ذنب فلا تكون مباحة فلا تناط بها العبادة كما ذكرتم وتقريره لو كان في المنعقدة ذنب لهتك حرمة اسم الله تعالى فهو متأخر عن وقت الانعقاد باختيار مبتدإ لم يدخل في السيئة ويرفعها عند الطريان بخلاف الغموس فان الذنب فيها لازم لا يفارقه لا ابتداء ولا انتهاء (فيمتنع الالحاق) أي الحاق الغموس لا في بالمنعقدة وفي هذا الجواب تلويح الى الجواب عن قوله فأشبه المعقودة

والكفارة عبادة تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدإ وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق

الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس (والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها) أي بما هو كبيرة (بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب) بان يحنث في موضع وجوب البر على ماذكرنا من التفصيل (فهو متأخر متعلق باختيار مبتدإ) غير مقارن متعمد بنفس اليمين كما في الغموس فامتنع الالحاق وحاصل هذا ابداء وصف في الاصل وهو كونه مباحا وادعاء كونه جزء المؤثر لكونه غير مناسب للحكم وقد نقض بالظهار ويجاب بأن الموجب فيه العود لا نفس الظهار قال تعالى ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وهو مباح لكونه امساكا بالمعروف وبالافطار في رمضان ولو بخمر أو زنا وأجيب الكفارة باعتبار الفطر العمد المشتهى ويجب الحد باعتبار أنهما في أنفسهما كبيرة ولخصه آخر بأن ذلك حرام في نفسه وحرام لغيره وهو الصوم فوجب الحد بالاول والكفارة بالثاني ونقض أيضا بقتل المحرم صيدا عمدا وأجيب بأن عين الفعل ليس حراما حتى لو فعله في غير الاحرام والحرم لم يحرم وانما حرم باحرامه وبالحرم لا بنفسه وصحح شارح الايراد ومنع نفي كون المعصية سببا للكفارة وجعل المذكور من الاجوبة تخبطا ولم يبين موضع الفساد فيها وهو واضح لان كلامهم هذا يقتضي تقييد قولهم المعصية لا تصلح سببا للكفارة لكونها عبادة بما اذا كان حراما لعينه ومرجعه الى التحسين والتقبيح في الفعل لذاته وهو منتف عند الاشعري به وهو قليل جدا كأنه لا يزيد على الكفر والظلم وكون اليمين الغموس منه قد يمنع لان اليمين في نفسه مباح أو عبادة اذ هو ذكر الله تعالى على وجه التعظيم وهذا لا يسقط من قلب المؤمن الحالف غموسا والا كانت كفرا وانما رج به باطله فقبحها ليس الا بعدم مطابقة المحلوف عليه أو لقصده ذلك وذلك خارج عن اليمين موجب لحرمتها فكان من قبيل ما حرم لغيره على ان كون حرمة السبب تمنع مناسبتها للعبادة لا يفصل بين كون الحرمة لعينه أو لغيره ولو قيل لا يلزم من شرعية الكفارة جابرة أو ساترة في ذنب أخف شرعيتها كذلك في ذنب أعظم كان أوجه وللشافعي أيضا الغموس مكسوبة بالقلب والمكسوبة يؤاخذ بها لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم وبين سبحانه وتعالى المراد بالمؤاخذة بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته فبين ان المراد بها الكفارة والجواب ان المؤاخذة مطلقا في الآخرة فهي المراد بالمؤاخذة في المكسوبة والمراد بها في المعقودة الكفارة كما ذكرنا قالوا الغموس داخلة في المعقودة فتجب الكفارة بها بالنص من غير حاجة الى زيادة تكلف الجواب منع انها معقودة لانها ربط في الشرع للاسم العظيم بمعنى على وجه حمله عليه في المستقبل أو منعه منه فاذا حنث انحلت لارتفاع المانع والحامل أو لتوكيد صدقه الظاهر فاذا طابق الخبر بر وانحلت ولا شك ان بالحنث تنحل اليمين والغموس قارنها ما يحلها وهو ما لو طرأ عليها رفعها وحلها فلم تنعقد لانه اذا قارنها منع انعقادها كالردة والرضاع في النكاح بخلاف مس السماء ونحوه فانه لم يقارنها الا انها عقدت على أمر في المستقبل فما يحلها هو انعدامه في المستقبل

(قوله فلا تناط الغموس بها الخ) أقول فيه قلب والمراد لا تناط بالغموس (قوله والعبادة حسنة واتباعها اياها مباح لها) أقول أنت خبير بأن الاباحة لا تعارض عدم الوجوب الذي هو مدعى الأصحاب والظاهر أن العبارة ماح اسم فاعل من محا ويدل عليه قوله لها (قوله ويرفعها عند الخ) أقول ضمير يرفعها راجع الى المنعقدة

(والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل) وكلامه ظاهر وقوله (الا انه أنه علقه بالرجاء) اشارة الى ما قال في المبسوط فان قيل فما معنى
تعليق محمد نفي المؤاخذة في هذا النوع بالرجاء بقوله نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها وعدم المؤاخذة في اليمين اللغو منصوص عليه
وما عرف بالنص فهو مقطوع به قلنا نعم ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها وانما علق بالرجاء نفي المؤاخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها
وذلك غير معلوم بالنص وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مروي عن زرارة بن أبي أوفى وعن ابن عباس في احدى الروايتين وروي عن
محمد أنه قال هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله وهو قريب من قول الشافعي رضي الله عنه فان عنده اللغو ما يجري على اللسان من
غير قصد سواء كان في الماضي أو في المستقبل وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما ورو‌ت (ه) عائشة رضي الله عنها عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم أنه قال
في تفسير اللغو لا والله وبلى
والله وتأويله عندنا فيما يكون
خبرا عن الماضي فان اللغو
ما يكون خاليا عن الفائدة
والخبر في الماضي خال عن
فائدة اليمين لان فائدتها
المنع أو الحمل وذلك لا يتحقق
في الماضي فكان لغوا وأما
في الخبر في المستقبل فعدم
القصد لا يعدم فائدة اليمين
وقد ورد الشرع بأن الهزل
والجد في اليمين سواء ولقائل
أن يقول في حصر الايمان
على الثلاثة على التفسير
المذكور في الكتاب نظر
لان قول الرجل والله اني
لقائم الآن في حال قيامه
مثلا يمين وليس من الضروب
المذكورة في الكتاب على
التفسير المذكور ويمكن
أن يلتزم بأنه ليس بيمين على
هذا الاصطلاح لما مر من
تعريفها وانما هذا قسم
وهو جملة انشائية أكدت
بها جملة أخرى

(والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة) لقوله
تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا (واليمين اللغو
أن يحلف على أمر ماض وهو يظن أنه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله
بها صاحبها) ومن اللغو أن يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى
لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم الآية الا أنه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره

لا في الحال وعلى هذا قيل الغموس ليست بيمين حقيقة لان اليمين الشرعية تعقد للبر وهو غير ممكن
فيها وما قطع بانتفاء فائدته شرعا يقطع بانتفائه شرعا وتسميتها يمينا مجاز بعلاقة الصورة كالفرس
للصورة المنقوشة أو هو من الحقيقة اللغوية وعلى أحدهما يحمل قوله عليه الصلاة والسلام واليمين
الفاجرة ونحوه على ما ذكرناه واعلم ان المعقودة عند الشافعي ليست سوى المكسوبة بالقلب وكون
الغموس قارنها الحنث لا ينفي الانعقاد عنده وكونها لا تسمى يمينا الا انها لم تعقد للبر بعيد اذ لا شك في
تسميتها يمينا لغة وعرفا وشرعا بحيث لا تقبل التشكيك فليس الوجه الا ما قدمنا من أن شرعية
الكفارة لرفع ذنب أصغر لا يستلزم شرعها لرفع أكبر واذا أدخلها في مسمى المنعقدة وجعل
المنعقدة تنقسم الى غموس وغيرها عسر النظر معه الا أن يكون لغة أو سمع وقد روى الامام أحمد
في مسنده باسناد جيد صرح بجودته ابن عبد الهادي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث مطول
قال فيه خمس ليس لهن كفارة الشرك بالله عز وجل وقتل النفس بغير حق وبهت مؤمن والفرار من
الزحف ويمين صابرة يقتطع بها مالا بغير حق انتهى وكل من قال لا كفارة في الغموس لم يفصل بين اليمين
المصبورة على مال كاذبا وغيرها وصابرة بمعنى مصبورة كعيشة راضية وتقدم ان المصبورة المقضي
بها لانها مصبور عليها أي محبوس والصبر حبس النفس على المكروه ومنه قتله صبرا اذا لم يكن في
حال تصرفه ودفعه مختارا عن نفسه (قوله والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل ان يفعله
أو لا يفعله فاذا حنث لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته
الآية) وما في قوله ما يحلف مصدرية أي الحلف على أمر في المستقبل وهذا يفيد أن الحلف على ماض
صادقا فيه كوالله لقد قدم زيد أمس لا تسمى منعقدة ويقتضي انها اما ليست بيمين وهو بعيد أو زيادة
أقسام اليمين على الثلاثة وهو مبطل لحصرهم السابق وفي كلام شمس الائمة ما يفيد أنها من قبيل
اللغو فان أراد لغة فممنوع لانه ما لا فائدة له فيه وفي هذا اليمين فائدة تأكيد صدقه في خبره عند
السامع وان أراد دخولها في اللغو المذكور في الآية بحسب الارادة فقد فسره السلف واختلفوا فيه
ولم يقل أحد بذلك فكان خارجا عن أقوال السلف والجواب أن الاقسام الثلاثة فيما يتصور فيه
الحنث لا في مطلق اليمين (قوله ويمين اللغو أن يحلف على أمر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه)

(قوله وذلك غير معلوم
بالنص) أقول أشار بقوله ذلك الى قوله نفي المؤاخذة الخ (قوله قال في تفسير اللغو لا والله الخ) أقول في باب المعارضة والترجيح من
التوضيح والتلويح كلام متعلق بالمقام (قوله لان فائدتها المنع الخ) أقول ولأحد أن يمنع ذلك بأن الفائدة قد تكون تصديق السامع
لخبر الحالف كما في الأيمان الصادقة على الامور الماضية فلا يكون القاصد لليمين بناء على اعتقاده لاغيا ثم لو صح ما ذكر لكان الغموس لغوا
أيضا (قوله ولقائل أن يقول في حصر الايمان على الثلاثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر الخ) أقول وفي أول كتاب الأيمان من
شرح الوقاية لصدر الشريعة ما يصلح أن يكون جوابا عن هذا الاشكال فراجعه (قوله لما مر من تعريفها) أقول فيه ان الغموس
واللغو خارجان عن التعريف أيضا الا انه كلام على السند الاخص

قال (والقاصد فى اليمين والمكره والناسى سواء) حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين

مثل والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيدا ونحوه ويدخل فى ذلك الافعال كما ذكرنا والصفات ومن الثانى ما فى الخلاصة رجل حلفه السلطان أنه لم يعلم بأمر كذا فحلف ثم تذكر فعلم انه كان يعلم أرجو أن لا يحنث (فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها) وانما قيد محمد عدم المؤاخذة بالرجاء مع انه مقطوع به فى كتاب الله تعالى حين قال لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم للاختلاف فى معنى اللغو ففسره محمد بما ذكره وهو مروى عن ابن عباس وبه قال أحمد وقال الشافعى كل يمين صدرت عن غير قصد فى الماضى وفى المستقبل وهو مباين للتفسير المذكور لأن الحلف على أمر يظنه كما قال لا يكون الا عن قصد وهو رواية عن أحمد وهو معنى ما روى صاحب السنن عن عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو كلام الرجل فى بيته كلا والله وبلى والله وقال الشعبى ومسروق لغو اليمين أن يحلف على معصية فيتركها لاغيا بيمينه وقال سعيد بن جبير أن يحرم على نفسه ما أحل الله له من قول أو عمل فلما اختلف فى معنى اللغو علقه بالرجاء والاصح ان اللغو بالتفسيرين الاولين وكذا بالثالث متفق على عدم المؤاخذة به فى الآخرة وكذا فى الدنيا بالكفارة فلم يتم العذر عن التعليق بالرجاء فالاوجه ما قيل انه لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله والتأدب فهو كقوله صلى الله عليه وسلم لأهل المقابر وإنا إن شاء الله بكم لاحقون وأما التفسير الرابع فغير مشهور وكونه لغوا هو اختيار سعيد (قوله والقاصد فى اليمين والمكره عليه والناسى) وهو من تلفظ باليمين ذاهلا عنه ثم تذكر انه تلفظ به وفى بعض النسخ الخاطئ وهو من أراد أن يتكلم بكلام غير الحلف فجرى على لسانه اليمين فاذا حنث لزمته الكفارة (لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين) هكذا ذكره المصنف وبعضهم كصاحب الخلاصة جعل مكان اليمين العتاق والمحفوظ حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وأخرجها أحمد وأبو داود وابن ماجه وقد ورد حديث العتاق فى مصنف عبد الرزاق من حديث أبى ذر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ومن أعتق وهو لاعب فعتقه جائز وروى ابن عدى فى الكامل من حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ثلاث ليس فيهن لعب من تكلم بشئ منهن لاعبا فقد وجب عليه الطلاق والعتاق والنكاح وأخرج عبد الرزاق عن على وعمر موقوفا أنهما قالا ثلاث لا لعب فيهن النكاح والطلاق والعتاق وفى رواية عنهما أربع وزاد والنذر ولا شك ان اليمين فى معنى النذر فيقاس عليه * واعلم أنه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لان المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا والهازل قاصد لليمين غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا والناسى بالتفسير المذكور لم يقصد شيأ أصلا ولم يدر ما صنع وكذا المخطئ لم يقصد قط التلفظ به بل بشئ آخر فلا يكون الوارد فى الهازل واردا فى الناسى الذى لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت فى حقه نصا ولا قياسا واذا كان اللغو بتفسيرهم وهو ان يقصد اليمين مع ظن البر ليس لها حكم اليمين فما لم يقصده أصلا بل هو كالنائم يجرى على لسانه طلاق أو عتاق لا حكم له أولى أن لا يكون لها حكم اليمين وأيضا فتفسير اللغو المذكور فى حديث عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو أنه كلام الرجل فى بيته كلا والله وبلى والله وان لم يكن هو نفس التفسير الذى فسروا به الناسى فان المتكلم كذلك فى بيته لا يقصد التكلم به بل يجرى على لسانه بحكم العادة غير مراد لفظه ولا معناه ولو لم يكن اياه كان أقرب اليه من الهازل فحمل الناسى على اللاغى بالتفسير المذكور أولى من حمله على الهازل وهذا الذى أدينه وتقدم لنا مثله فى الطلاق

(والقاصد فى اليمين والمكره والناسى) وهو أن يذهل عن التلفظ باليمين ثم يتذكر أنه تلفظ باليمين ناسيا وفى بعض النسخ ذكر الخاطئ مكان الناسى وهو أن يريد أن يسبح مثلا فيجرى على لسانه اليمين (سواء حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين) فان قلت اليمين عقد يقوى بها عزم الحالف على الفعل أو الترك فهو من الافعال الاختيارية فكيف يكون الناسى فيه كالقاصد قلت ذلك هو القياس وقد ترك بالنص لا يقال النص معارض بقوله عليه السلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان الحديث لانه مجمل ونص اليمين مفسر

(قوله ذلك هو القياس وقد ترك بالنص) أقول وهو قوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد الحديث

وقوله (والشافعي يخالفنا في ذلك) يعني في وجوب الكفارة على المكره والناسي (وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه ناسيا أو مكرها فهو سواء) أي فهو ومن فعله مختارا سواء تركه لدلالة فحوى الكلام عليه لان شرط الحنث وجود الفعل حقيقة وقد وجد (لانه لا ينعدم بالاكراه وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة) وهو وجود الفعل الحسي وقوله (ولو كانت الحكمة رفع الذنب) جواب عما يقال الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب والمغمى عليه والمجنون لا ذنب لهما لعدم فهم الخطاب فكيف تجب عليهما الكفارة وتقريره الحكم وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل أصلا بان اشترى جارية بكرا أو اشتراها من امرأة ولقائل أن يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه انما يكون اذا كان المدلول أمرا خفيا في الاصل فيدور عليه وان لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم والمدلول في هذه الصورة وهو الذنب عند الحنث محقق ظاهر فلا يصح اقامة الدليل مقام المدلول

والشافعي رحمه الله يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى (ومن فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا فهو سواء) لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب والله تعالى أعلم بالصواب

﴿باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا﴾

فلا تكن غافلا (قوله والشافعي يخالفنا في ذلك) فيقول لا تنعقد يمين المكره ولا الناسي ولا المخطئ للحديث المشهور رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه قال المصنف (وسنبين ذلك في الاكراه ان شاء الله تعالى) واستدل ابن الجوزي في التحقيق للشافعي وأحمد رضي الله عنهما في عدم انعقاد يمين المكره بما رواه الدارقطني عن واثلة بن الاسقع وأبي امامة قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مقهور يمين ثم قال عنبسة ضعيف قال صاحب تنقيح التحقيق حديث منكر بل موضوع وفيه جماعة لا يجوز الاحتجاج بهم (قوله ومن فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا فهو سواء) فتجب عليه الكفارة كما لو فعله ذاكرا ليمينه مختارا وعن كل من الشافعي وأحمد روايتان يحنث ولا يحنث وهو الاصح عند الشافعي للحديث المذكور وقدمنا جوابه في طلاق المكره من كتاب الطلاق وهذا (لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط) يعني بالشرط السبب لوجوب الكفارة لان الحنث هو السبب عندنا وانما يناسب حقيقة مذهب الشافعي لان السبب عنده اليمين والحنث شرط على ما عرف والحاصل أن الوجوب يثبت عنده سببا كان أو شرطا والنسيان والاكراه لم ينعدم وجوده فاستعقب وجوب الكفارة (وكذا اذا فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه أو مجنون) تلزمه الكفارة فيخرجها عنه وليه أو هو اذا أفاق لما ذكرنا من تحقق الشرط أي السبب حقيقة وقوله ولو كانت الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب جواب عن سؤال مقدر وهو أن وجوب الكفارة لرفع الذنب الحاصل بالحنث ولا ذنب على الحانث اذا كان مغمى عليه أو مجنونا فأجاب بان الحكمة لا يجب حصولها مع شرع الحكم دائما بل تناط بمظنتها وهو كون شرع الحكم مع الوصف يحصل مصلحة أو يدفع ضررا كما في الاستبراء شرع وجوبه مع الملك المؤكد بالقبض يحصل معه دفع مفسدة اشتباه النسب فأدير على نفس الشراء مع القبض سواء كان ذلك الوهم حاصلا أولا كما في شراء الامة الصغيرة التي لم تبلغ حد البلوغ وأما قولهم كما في شراء الامة البكر ومن المرأة فليس بصحيح لان التوهم حاصل لجواز حبل البكر ومملوكة المرأة على أن كونها لرفع الذنب دائما ممنوع بل لتوفير تعظيم الاسم ان ينعقد على أمر ثم يحلف عنه مجانا للعلم بذلك في موضع يجب فيه الحنث أو يندب والله أعلم

﴿باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا﴾

﴿باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا﴾

لما فرغ من بيان ضروب الأيمان بين ما يكون يمينا من الالفاظ وما لا يكون يمينا

(قوله ولقائل أن يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه الخ) أقول والعلامة صدر الشريعة يمنع صحة دوران وجوب الاستبراء مع دليل شغل الرحم أيضا والتفصيل في كتاب الكراهية من شرح الوقاية فراجعه ان شئت

﴿باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا﴾

(واليمين بالله) أي بهذا الاسم (أو باسم آخر من أسمائه كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفات ذاته التي يحلف بها

قال (واليمين بالله تعالى أو باسم آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه) لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا

(قوله واليمين بالله أو باسم آخر من أسمائه) تفيد لفظة آخر أن المراد بالله اللفظ فتأمل والاسم الآخر كالرحمن والرحيم والقدير ومنه والذي لا اله الا هو ورب السموات والارض ورب العالمين ومالك يوم الدين والاول الذي ليس قبله شئ والآخر الذي ليس بعده شئ واذا قالوا في قوله والطالب الغالب انه يمين لانه تعارف أهل بغداد الحلف به لزم اما اعتبار العرف فيما لم يسمع من الاسماء من الكتاب والسنة فان الطالب لم يسمع بخصوصه بل الغالب في قوله تعالى والله غالب على أمره واما كونه بناء على القول المفصل في الاسماء ويفيد قوله آخر أنه لابد من كونه اسما خاصا فلو قال واسم الله وهو عام يقتضي ان لا يكون يمينا والمنقول أنه لو قال باسم الله ليس بيمين وفي المنتقى رواية ابن رستم عن محمد انه يمين فليتأمل عند الفتوى ولو قال وباسم الله يكون يمينا كذا في الخلاصة وقوله أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا قيد في الصفة فقط فأفاد أن الحلف بالاسم لا يتقيد بالعرف بل هو يمين تعارفوه أو لم يتعارفوه وهو الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح وهو قول مالك وأحمد والشافعي في قول وقال بعض مشايخنا كل اسم لا يسمى به غير الله كالله والرحمن فهو يمين وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والعليم والقادر والعزيز فان أراد به يمينا فهو يمين وان لم يرد به فليس يمينا ورجح بعضهم بانه ان كان مستعملا لله سبحانه وتعالى ولغيره لا يتعين ارادة أحدهما الا بالنية وأما الصفة فالمراد بها اسم المعنى الذي لا يتضمن ذاتا ولا يحمل عليها بهو هو كالعزة والكبرياء والعظمة بخلاف نحو العظيم فقيده بكون الحلف بها متعارفا سواء كان من صفات الفعل أو الذات وهو قول مشايخ ما وراء النهر ولهذا قال محمد في قولهم وأمانة الله انه يمين ثم سئل عن معناه فقال لا أدري لانه رآهم يحلفون به فحكم بأنه يمين ووجهه أنه أراد معنى والله الامين فالمراد الامانة التي تضمنتها لفظة الامين كعزة الله التي هي ضمن العزيز ونحو ذلك وعلى هذا فعدم كون وعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته يمينا لعدم التعارف ويزداد العلم بانه يراد به المعلوم فقول الشيخ أبي المعين في تبصرة الادلة ان الحلف بالعلم والرحمة والغضب مشروع ان كان مراده الصفة القائمة به فليس على هذا الاصل بل هو على محاذاة قول القائلين في الاسماء ان ما كان بحيث يسمى به الله تعالى وغيره ان أراد به الله تعالى كان يمينا والا لا فجعل مثله في الصفات المجردة عن الدلالة على الذات ان أريد صفته القائمة به فهو يمين والا لا ولا يقال مقتضى هذا ان يجري في قدرة الله مثلا ان أريد به الصفة كان يمينا أو المقدور على ان يراد بالمصدر المفعول أو المصدر ويكون على حذف مضاف أي أثر قدرته لا يكون يمينا وليس المذهب ذلك لانا نقول انما اعتبر ذلك فيما لم يتعارف الحلف به وقدرة الله الحلف بها متعارف فينصرف الى الحلف بلا تفصيل في الارادة ولمشايخ العراق تفصيل آخر هو أن الحلف بصفات الذات يكون يمينا وبصفات الفعل لا يكون يمينا وصفات الذات ما يوصف سبحانه بها ولا يوصف باضدادها كالقدرة والجلال والكمال والكبرياء والعظمة والعزة وصفات الفعل ما يصح ان يوصف بها وباضدادها كالرحمة والرضا ووصفه سبحانه بالغضب والسخط وقالوا ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كالذات قيل يقصدون بهذا الفرق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الفعل غير الله والمذهب عندنا أن صفات الله لا هو ولا غيره وهذا لان الغير هو ما يصح انفكاكه بزمان أو بمكان أو بوجود ولا يخفى ان هذا اصطلاح محض لا ينبغي ان ينبني الفقه باعتباره وظاهر قول هؤلاء أنه لا اعتبار بالعرف وعدمه بل صفة الذات مطلقا يحلف بها تعورف أو لا وصفة الفعل لا يحلف بها ولو تعورف وعلى هذا فيلزم ان سمع الله وبصره وعلمه يكون يمينا على قول هؤلاء وعلى اعتبار العرف

لا يكون

عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه) والمراد بالاسم ههنا لفظ دال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى باسماء فاعليها كالرحمة والعلم والعزة والصفة على نوعين صفة ذات وصفة فعل لانه اما أن يجوز الوصف به وبضده أولا والثاني صفة الذات كالعزة والعظمة والعلم والاول صفة الفعل كالرحمة والغضب لجواز أن يقال رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب على اليهود دون المسلمين ومشايخنا العراقيون على ان الحلف بصفات الذات يمين وبصفات الفعل ليس بيمين ويلزمهم ان يكون وعلم الله يمينا واعتذروا بانه القياس ولكنه ترك لمجيئه بمعنى المعلوم ومشايخ ما وراء النهر على ان الحلف بكل صفة تعارف الناس الحلف بها يمين وبكل صفة لم يتعارفوه ليس بيمين وهو مختار المصنف رحمه الله يدل على ذلك قوله يحلف بها عرفا وقوله لان الحلف بها متعارف (قوله ومعنى اليمين وهو القوة الخ) ذكره استظهارا لانه لما بنى الأيمان على العرف كان وجوده مغنيا عن النظر الى غيره

وقوله (الاقوله وعلم الله) استثناء منقطع من قوله أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا فان اليمين به اذا لم يكن متعارفا كان استثناؤه عن العرف منقطعا والكلام في قوله ولانه يذكر ويراد به المعلوم كالكلام في قوله ومعنى اليمين وهو القوة حاصل في انه مذكور للاستظهار نعم العراقيون يحتاجون الى ذكر معذرة عن وروده على أصلهم كما تقدم وقوله (ولان الرحمة قد يراد بها أثرها) منقوض بقدرة الله تعالى لانه يقال انظر الى قدرة الله تعالى والمراد أثره والا لكان بمعنى المقدور لكون القدرة غير مرئية فتكون كالعلم ومع ذلك يحلف بها والحق ان مبنى الايمان على العرف فما تعارف الناس الحلف به كان يمينا والحلف بقدرة الله تعالى متعارف وبعلمه ورحمته وغضبه غير متعارف ولهذا قال محمد وأمانة الله يمين ثم لما سئل عن معناه قال لا أدري فكانه وجد العرب تحلف بأمانة الله تعالى عادة فجعله يمينا كانه قال والله الامين (ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا مثل ان يقول والنبي والقرآن والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر) روى مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أدرك عمر وهو يسير في ركب وهو يحلف بأبيه فقال عليه الصلاة والسلام ان الله ينها كم ان تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت قال المصنف رحمه الله (أما لو قال أنا برىء منه يكون يمينا لان التبرى منهما) أي من النبي والقرآن (كفر) ولقائل ان يقول سلمنا ان التبرى منهما وكذا من كل كتاب سماوي كفر لكن كونه كفرا ليس بيمين ولا يستلزمها ألا ترى انه لو قال بحياتك لافعلن كذا واعتقد ان البر به واجب كفر وليس بيمين والجواب سيجىء عند قوله ان فعل كذا فهو يهودي أو نصراني

قال (الاقوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا) لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا أي معلومك (ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا) وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها أثرها وهو المطر أو الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة (ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة) لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر (وكذا اذا حلف بالقرآن) لانه غير متعارف قال رضي الله تعالى عنه معناه أن يقول والنبي والقرآن أما لو قال أنا برىء منهما يكون يمينا لان التبرى منهما كفر

لا يكون يمينا لانه لم يتعارف الحلف بها وان كانت من صفات الذات وقال بعضهم الاسماء التي لا يسمى بها غيره كرب العالمين والرحمن ومالك يوم الدين الى آخر ما قدمنا أول الباب يكون الحلف بها يمينا بكل حال وكذا الصفات التي لا تحتمل ان تكون غير صفاته كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فينعقد بها اليمين بكل حال ولا حاجة الى عرف فيها بخلاف الاسماء التي تطلق على غيره تعالى كالحى والمؤمن والكريم يعتبر فيها العرف أو نية الحالف وكذا ما يكون من صفته تعالى كعلم الله وقدرته فانه قد يستعمل في المقدور والمعلوم اتساعا كما يقال اللهم اغفر علمك فينا وكذا صفات الفعل كخلقه ورزقه ففي هذه يجرى التعليل بالتعارف وعدمه ووجه الله يمين الا ان أراد الجارحة (قوله الاقوله وعلم الله) استثناء من صفة من صفاته لكن قيد هنالك بقوله التي يحلف بها عرفا فيقتضى أن علمه مما يحلف به عرفا فيتناوله الصدر فأخرجه من حكمه بعد دخوله في لفظه وليس كذلك لانه علله بانه غير متعارف فكان استثناء منقطعا لانه لم يدخل وأورد على تعليله الثاني القدرة فانها تذكر ويراد بها المقدور وأجيب بالمنع فان المقدور بالوجود خرج عن ان يكون مقدورا لان تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل ارادته بالحلف وقيل الوجود معدوم ولا تعارف بالحلف بالمعدوم فلم يكن المراد بالحلف بالقدرة الا الصفة القائمة بذاته تعالى بخلاف العلم اذا أريد به المعلوم فانه لا يخرج المعلوم عن ان يكون معلوما بالوجود فظهر الفرق وهذا يوجب أن لا تصح ارادة المقدور بعد الوجود وهو غير صحيح أما وقوعا فقالوا انظر الى قدرة الله تعالى وليس المقصود قطعا الا الموجود وأما تحقيقا فلان القدرة في المقدور اذا كان مجازا لا يمتنع أن يطلق عليه مقدور بعد الوجود باعتبار ما كان فيكون لفظ قدرة في المقدور بعد الوجود مجازا في المرتبة الثانية نعم الحق ان لا موقع للتعليل الثاني لان تفريع كون الحلف بالعلم ليس يمينا ليس الا على قول معتبرى العرف وعدمه في اليمين فالتعليل ليس الا بنفي التعارف فيه وأما لو فرع على القول المفصل بين صفة الذات وغيرها وجب أن يكون يمينا لان العلم من صفات الذات فلا معتبر بانه يراد بالصفة المفعول على القولين فلا موقع للتعليل به (قوله من حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت) متفق عليه قال (وكذا اذا حلف بالقرآن) لانه غير متعارف قال (ومعناه أن يقول والنبي والقرآن) أما اذا حلف بذلك بان قال أنا برىء من النبي والقرآن كان يمينا لان التبرؤ منهما كفر فيكون في كل منهما كفارة يمين كما سيأتي وكذا اذا قال هو برىء

(قوله مثل أن يقول والنبي والقرآن الخ) أقول القرآن كلام الله تعالى غير مخلوق وليس غيره تعالى فانه من صفاته الازلية ولذلك لم يجعله المصنف رحمه الله مع النبي والكعبة في قرن بل ذكره مستقلا وعلله بعدم التعارف فليتأمل (قوله ألا ترى) أقول في التنوير بحث الا انه من قبيل الكلام على السند

قال (والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله) لان كل ذلك معهود فى الايمان ومذكور فى القرآن (وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لأفعل كذا) لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع الحرف الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف

من الصلاة والصوم يكون يمينا عندنا وكذا هو برىء من الاسلام ان فعل كذا وبحرمة شهد الله أو لااله الا الله ليس يمينا ولو رفع كتاب فقه أو حساب فيه البسملة فقال هو برىء مما فيه ان فعل ففعل تلزمه الكفارة ثم لايخفى ان الحلف بالقرآن الآن متعارف فيكون يمينا كما هو قول الائمة الثلاثة وتعليل عدم كونه يمينا بانه غيره تعالى لانه مخلوق لانه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسى منع بان القرآن كلام الله منزل غير مخلوق ولايخفى ان المنزل فى الحقيقة ليس الا الحروف المنقضية المنعدمة وما ثبت قدمه استحال عدمه غير انهم أوجبوا ذلك لان العوام اذا قيل لهم القرآن مخلوق تعدوا الى الكلام مطلقا وأما الحلف بكلام الله تعالى فيجب أن يدور مع العرف وأما الحالف بجان سرتو ومثله الحلف بحياة رأسك ورأس السلطان فذلك ان اعتقد ان البر واجب فيه يكفر وفى تتمة الفتاوى قال على الرازى أخاف على من قال بحياتى وحياتك انه يكفر ولولا ان العامة يقولونه ولا يعلمونه لقلت انه شرك وعن ابن مسعود رضى الله عنه لأن أحلف بالله كاذبا أحب الى من ان أحلف بغير الله صادقا (قوله والحالف بحروف القسم الى قوله ومذكور فى القرآن) قال تعالى فورب السماء والارض انه لحق والله ربنا ما كنا مشركين وقال تعالى تالله لقد أرسلنا رسلا الآية ومثل للباء بقوله تعالى بالله ان الشرك لظلم عظيم وفيه احتمال كونه متعلقا بقوله تعالى قبله لاتشرك ثم قالوا الباء هى الاصل لانها صلة الحلف والاصل أحلف أو أقسم بالله وهى للالصاق تلصق فعل القسم بالمحلوف به ثم حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود ولاصالتها دخلت فى المظهر والمضمر نحو بك لأفعلن ثم الواو بدل منها المناسبة معنوية وهى ما فى الالصاق من الجمع الذى هو معنى الواو فلكونها بدلا انحطت عنها بدرجة فدخلت على المظهر لا المضمر والتاء بدل عن الواو ولانهما من حروف الزيادة وقد أبدلت كثيرا منها كما فى تجاه وتخمة وتراث فانحطت درجتين فلم تدخل من المظهر الا على اسم الله تعالى خاصة وما روى من قولهم تربى وترب الكعبة لايقاس عليه وكذا تحياتك ﴿فرع﴾ قال باسم الله لأفعلن كذا اختلفوا فيه والمختار ليس يمينا لعدم التعارف وعلى هذا بالواو الا أن نصارى ديارنا تعارفوه فيقولون واسم الله (قوله وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لأفعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب) يريد بالحذف الاضمار والفرق ان الاضمار يبقى أثره بخلاف الحذف وعلى هذا فينبغى أن يكون فى حالة النصب الحرف محذوفا لانه لم يظهر أثر وفى حالة الجر مضمرا لظهور أثره وهو الجر فى الاسم وقوله ثم قيل ينصب لانتزاع الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف ظاهر فى نقل الخلاف فى ذلك وهو تبع للمبسوط حيث قال النصب مذهب أهل البصرة والخفض مذهب أهل الكوفة ونظر فيه بانهما وجهان سائغان للعرب ليس أحد ينكر أحدهما ليتأتى الخلاف وحكى الرفع أيضا نحو الله لأفعلن على اضمار مبتدإ والاولى كونه على اضمار خبر لان الاسم الكريم أعرف المعارف فهو أولى بان يكون مبتدأ والتقدير الله قسمى أو قسمى الله لأفعلن غير ان النصب أكثر فى الاستعمال وقوله فى النصب لانتزاع الخافض خلاف أهل العربية بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به الا ان يراد عند انتزاع الخافض أى بالفعل عنده وأما الجر فلاشك انه بالحرف المضمر وهو قليل شاذ فى غير القسم كقوله

اذا قيل أى الناس شر قبيلة * أشارت كليب بالاكف الاصابع

قال (والحلف بحروف القسم) الحلف بالله انما يكون بحرف القسم ظاهرا أو مضمرا وبحث حروف القسم وكون الباء أصلا وغيرها بدلا وجواز اضمار الحروف والنصب بعد الاضمار على ما اختاره البصريون أو الجر على ما اختاره الكوفيون كله وظيفة نحوية فى الاصل والاصولى يبحث عنها من حيث استنباط المسائل الفقهية منها والواصل الى حد الاشتغال بكتاب الهداية لابد وان يكون قد حلف ذلك وراءه والفرق بين الاضمار والحذف بقاء أثر المضمر دون المحذوف والمصنف ذكر الاضمار فى الرواية والحذف فى التعليل بطريق المساهلة كذا فى النهاية ويجوز أن يقال أطلق الاضمار بالنظر الى الجر والحذف بالنظر الى النصب

وكذا اذا قال لله فى المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له أى آمنتم به وقال أبو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رحمه الله تعالى واحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله تعالى وعنه رواية أخرى أنه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كأنه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما أنه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا ولو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من أسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد

أى الى كليب (قوله وكذلك اذا قيل لله لان الباء تبدل بها) أى باللام قال تعالى آمنتم له آمنتم به والقصة واحدة أورد عليه انه لا تبدل بها بمعنى ان توضع مكانها دالة على عين مدلولها وفى الآيتين المعنى مختلف فان قوله تعالى آمنتم له أى صدقتموه وانقدتم اليه طاعة وآمنتم به لا يفيد تلك الزيادة ولو سلم فكونها وقعت صلة فعل خاص كذلك وهو آمنتم لا يلزم فى كل فعل لجواز كون معنى ذلك الفعل يتأتى معناهما فيه بخلافه فى القسم ولا تستعمل اللام الا فى قسم متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس دخل آدم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج وكقولهم لله لا يؤخر الاجل فاستعمالها قسما مجردا عنه لا يصح فى اللغة الا أن يتعارف كذلك وقوله فى المختار احترازا عما عن أبى حنيفة انه اذا قال لله على ان لا أكلم فلانا انها ليست بيمين الا أن ينوى لان الصيغة للنذر وتحتمل معنى اليمين ولم يذكر فى كثير من الشروح فائدة هذا الاحتراز لان لفظ فى المختار فى بعض النسخ لا كلها فكان الواقع لهم ما ليس هو فيه هذا ولا فرق فى ثبوت اليمين بين أن يعرب المقسم به خطأ أو صوابا أو يسكنه خلافا لما فى المحيط فيما اذا أسكن من أنه لا يكون يمينا الا بالنية لان معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى للمنع أو الحمل معقودا عما أريد منعه أو فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية فى اللفظ (قوله وقال أبو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد واحدى الروايتين عن أبى يوسف) وعنه أى عن أبى يوسف (رواية أخرى أنه يكون يمينا) يعنى اذا أطلق لان الحق من صفات الله تعالى وقد عد فى أسمائه الحسنى قال تعالى ولو اتبع الحق أهواءهم (وهو حقيته) أى كونه تعالى ثابت الذات موجودها فكأنه قال والله الحق (والحلف به متعارف) فوجب كونه يمينا وهذا قول الائمة الثلاثة حتى قال أحمد لا يقبل قوله يعنى فى عدم اليمين لانه انصرف بعرف الاستعمال الى اليمين فانصرف الحق الى ما يستحقه لنفسه من العظمة والكبرياء فصار كقدرة الله تعالى (قوله ولهما انه) أى حق الله (يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه) وصار ذلك متبادرا شرعا وعرفا حتى كأنه حقيقة حيث لا يتبادر سواه اذ يعلم انه لا يخطر من ذكره وجوده وثبوت ذاته والحلف بالطاعات حلف بغيره وغير صفته فلا يكون يمينا والمعدود من الاسماء الحسنى هو الحق المقرون باللام وبهذا الوجه من التقرير اندفع ترجيح بعضهم القول بانه يمين بانه تقدم ان ما كان من صفات الله يعبر به عن غيرها يعتبر فيه العرف وبه حصل الفرق بين علم الله وقدرته واذا كان الحلف بقدرة الله يمينا للتعارف فبحق الله كذلك للتعارف فان التعارف يعتبر بعد كون الصفة مشتركة فى الاستعمال بين صفة الله تعالى وصفة غيره وقد بينا ان لفظ حق لا يتبادر منه ما هو صفة الله بل ما هو من حقوقه فصار نفس وجوده ونحوه كالحقيقة المهجورة وأما الاستدلال على انه يراد به الطاعات بقول السائل للنبى عليه الصلاة والسلام ما حق الله تعالى على العباد فقال أن لا يشركوا به شيأ الى آخره كما وقع لبعض الشارحين فليس بشئ لان صلته بلفظ على العباد يبين المراد بالحق انه غير وجوده وصفته والكلام فى لفظ حق غير مقرون بما يدل على أحد المعنيين بخصوصه فليس الوجه الا ما ذكرنا (قوله ولو قال والحق يكون يمينا) أى بالاجماع كذا ذكره غير واحد واعترضه شارح بان الحق بالتعريف يطلق على غيره تعالى كقوله تعالى فماذا بعد الحق الا الضلال فلما جاءهم الحق من

وقوله (وكذا اذا قال لله فى المختار) احترازا عما روى عن أبى حنيفة انه لو قال لله على أن لا أكلم فلانا انها ليست بيمين الا أن ينوى لان الصيغة صيغة النذر ويحتمل معنى اليمين ولا أثر لتغير الاعراب فى المقسم به نصبا وجرا فى منع صحة القسم لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب وقوله (قال أبو حنيفة) ظاهر وقوله (والمنكر يراد به تحقيق الوعد) يريد الفرق بين والحق وحقا بأن المعرف اسم من أسماء الله تعالى قال الله تعالى ولو اتبع الحق أهواءهم والحلف به متعارف فيكون يمينا وأما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر فكأنه قال أفعل هذا الفعل لا محالة وليس فيه معنى الحلف فضلا عن اليمين

(ولو قال اقسم أو أقسم بالله أو احلف أو احلف بالله) ظاهر واعترض بأن اليمين ما كان حاملا على فعل شئ أو تركه موجبا للبر وعند
فواته يكون موجبا للكفارة على وجه الخلافة عن البر ثم قوله أقسم لا يكون موجبا من البر شيأ بمجرده لانه لم تنعقد يمينه على فعل شئ
أو تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة انما تكون لستر الذنب الذى وقع فيه بسبب هتك حرمة اسم الله تعالى وليس فى أقسم مجردا هتك
حرمة اسم الله تعالى فكيف يكون موجبا للكفارة ولان قوله أقسم صيغة فعل مضارع فكما تكون هى للحال كذلك تكون للاستقبال
فلو وجبت الكفارة من حيث انها للحال لم تجب من حيث انها للاستقبال ولم تكن واجبة قبل هذا فلا تجب بالشك لا سيما فى حق الكفارة
فانها ملحقة بالحدود حتى انها اذا اجتمعت تداخلت كالحدود وأجيب بأنه ألحق بقوله على يمين وهو يوجب

الكفارة ذكره فى الذخيرة وغيرها ووجه ذلك أن كلمة على للايجاب واليمين لا يوصف بالوجوب وانما موجبه يوصف بذلك وموجبه البر وهو غير ممكن هنا أو خلفه وهو الكفارة فيجعل كلامه اقرارا بالكفارة صونا لكلامه عن الالغاء وكذلك قوله اقسم اخبار عن القسم فى الحال وما ثم قسم لانه عبارة عن جملة انشائية يؤكد بها جملة أخرى كما تقدم ولم يوجد منه شئ فيجعل اقرارا عن موجب موجب اليمين بطريق الخلافة لذلك واذا كان اقرارا بوجوب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصور هتك حرمة اسم الله ولا الى جعل تلك الصيغة للاستقبال وهذا كما ترى يشير الى انه قال على يمين أو اقسم ولم يزد على ذلك أما اذا قال أقسم لافعلن كذا أو على
يمين ان أفعل كذا لا يصح اقرارا فيجوز أن يقال قد تقدم أن اليمين عقد قوى به عزم الحالف على الفعل أو الترك اذا
وهو موجود والعادة قد جرت باليمين به قال الله تعالى اذ أقسموا ليصرمنها مصبحين وقال تعالى وأقسموا بالله جهد أيمانهم وقال تعالى
يحلفون لكم لترضوا عنهم وقال تعالى يحلفون بالله لكم ليرضوكم وقال تعالى قالوا نشهد إنك لرسول الله وقال تعالى فشهادة أحدهم
أربع شهادات بالله فكما جاز أن يكون حرف القسم مضمرا جاز أن يكون المقسم به أيضا كذلك وهو حجة على زفر فى عدم جوازه بدون ذكر
اسم الله ثم اختلف فى النية اذا لم يذكر اسم الله تعالى فقيل لا يحتاج اليها وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله

(ولو قال أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف) لان هذه الالفاظ مستعملة فى الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا فى الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد إنك لرسول الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله

عندنا فكيف يكون يمينا بلا خلاف لكن جوابه انه ان نوى اليمين باسم الله تعالى يكون يمينا والا فلا انتهى وأنت علمت انه اذا ثبت كونه اسما له تعالى لا يعتبر فيه النية وان أطلق على غيره وانما ذلك القول المقابل للمختار وأما على القول المفصل بين ان يريد به اليمين وان لا يريد فالحق يتبادر منه ذاته تعالى فصار غيره مهجورا الا بدليل وبه يندفع قول أبى نصر ان نوى بالحق اليمين كان يمينا والا فلا ولا يلزم بطلان قول من حكى الاجماع من الشارحين لانه يريد اجماع علمائنا الثلاثة فانه لا عبرة بخلاف غير المجتهدين فى انعقاد الاجماع ولو قال حقا بأن قال حقا على ان أعطيك كذا ونحوه لا يكون يمينا لان الحق من أسمائه تعالى فينعقد به اليمين والمنكر يراد به تحقيق الوعد وما نقل عن الشيخ اسمعيل الزاهد والحسن بن أبى مطيع انه يمين لانه لم يضفه الى الله تعالى فصار كالحق مردود بان المنكر ليس اسما لله تعالى ومن الاقوال الضعيفة ما قال البلخى ان قوله بحق الله يمين لان الناس يحلفون به وضعفه لما علمت انه مثل وحق الله بالاضافة وعلمت المغايرة فيه وانه ليس يمينا فكذا بحق الله (قوله ولو قال أقسم الخ) اذا حلف بلفظ القسم فاما بلفظ الماضى أو المضارع وكل منهما اما موصول باسم الله تعالى أو بصفته أو لا فاذا كان ماضيا موصولا بالاسم مثل حلفت بالله أو اقسمت أو شهدت بالله لافعلن وكذا عزمت بالله لأفعلن فهو يمين بلا خلاف واذا كان مضارعا مثل أقسم بالله أو أعزم بالله الخ فكذلك عندنا وعند الشافعى لا يكون يمينا الا بالنية لاحتمال ان يريد به المستقبل وعدا ووجه قولنا ان هذه الصيغة حقيقة فى الحال ومجاز فى الاستقبال على ما تقدم فى العتق للمصنف ولهذا لا ينصرف اليه الا بقرينة السين ونحوه فوجب صرفه الى حقيقته واما الاستشهاد بان فى العرف كذلك كقولهم أشهد أن لا اله الا الله ففيه نظر لان ذلك بدلالة الحال للعلم بان ليس المراد الوعد بالشهادة وكذا قول الشاهد اشهد بذلك عند القاضى ليس فيه دليل على انه فى نفسه كذلك عرفا فجاز أن يقال هى للمستقبل ويستعمل للحال بقرينة حالية أو مقالية كالتقييد بلفظ الآن ونحوه وان ذكره من غير ذكر اسمه تعالى فيما مثل أحلف لافعلن أو أقسم أو أشهد أو أعزم أو حلفت فعندنا هو يمين نوى أو لم ينو وهو رواية عن أحمد وقال زفر ان نوى يكون يمينا والا لا وقال الشافعى ليس بيمين نوى أو لم ينو وهو رواية اخرى عن احمد وقال مالك

(قوله قال الله تعالى اذ أقسموا الخ) أقول فى تمام الاستدلال بقوله تعالى اذ أقسموا وقوله تعالى يحلفون لكم بحث تأمل (قوله وقيل لا بد منها الخ) أقول وسيجئ فى الشارح فى أوائل كتاب البيع ما يدفع هذا القول

اذا نوى فى قوله اقسم بالله الخ يكون يمينا وان أطلق فلا وجه قولهم ان أقسم يحتمل أن يكون بالله
أو بغيره فلا يكون يمينا وكذا يحتمل العدة والانشاء للحال فلا يتعين يمينا كذا قيل وانما يشهد لقول
القائل ان نوى كان يمينا والا فلا وجوابه ماذكره المصنف من أنه حقيقة فى الحال فانصرف اليه ومن
أن الحلف بالله هو المعهود المشروع و بغيره محظور فصرف اليه أى الى الحلف بالله ولهذا قيل لا يحتاج
الى النية وقيل لا بد من النية لاحتمال العدة أى لاحتمال استعماله فى المستقبل ولاحتمال اليمين بغير الله
تعالى فقد حكى المصنف وغيره هذا الخلاف صريحا فى المذهب ومنهم من صرح بأنه اذا لم يذكر
المقسم به يكون يمينا عند علمائنا الثلاثة نوى أو لم ينو يعنى اذا نوى اليمين أو لم ينو شيأ أما اذا نوى غيره فلا
شك انه لا يكون يمينا فيما بينه و بين الله تعالى الا أن يكون حالفا بمن يستحق اليمين عليه شرعا فان اليمين
على نية المستحلف لا الحالف حينئذ وقد وقع فى هذه المسئلة تخبط فى موضعين أشدهما فى الحكم
وهو توهم صاحب النهاية ان مجرد قول القائل أقسم أو احلف موجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه
ولا حنث اذ أورد السؤال القائل اليمين ما كان حاملا على فعل شئ أو تركه موجبا للبر وعند فواته موجبا
للكفارة على وجه الخلافة فقوله أقسم ههنا ليس موجبا شيأ من البر بمجرده لانه لم يعقد يمينا على فعل
شئ أو تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة لستر ذنب هتك حرمة الاسم وليس فى أقسم مجردا هتك
فكيف يوجب الكفارة ثم أجاب بان قوله أقسم ألحق بقوله على يمين فان ذلك يوجب الكفارة ذكره فى
الذخيرة وغيرها فقال لو قال على يمين أو يمين الله فهو يمين وفى المنتقى لو قال على يمين لا كفارة لها تجب
الكفارة وان نفى الكفارة صريحا لان قوله على يمين لما كان موجبا للكفارة لا يفيد قوله لا كفارة لها ثم
قال وانما كان كذلك لان كلمة على للايجاب فلما كان كذلك كان هذا اقرارا عن موجب اليمين وموجبها
البر ان أمكن والا فالكفارة ولم يمكن تحقيق البر ههنا لانه لم يعقد يمينه على شئ فكان اقرارا عن الموجب
الآخر وهو الكفارة على وجه الخلافة وبالاقرار يجب الحد فكذا الكفارة وكذا فى قوله على نذر فيه
كفارة يمين على ما يجئ بعد هذا فلما كان كذلك فى قوله على يمين وعلى نذر كان فى قوله أقسم عند قران
النية بالقسم كذا لان أصله الحال فى استعمال الفقهاء ثم قال وحاصل ذلك ان قوله أقسم لما كان عبارة
عن الاقرار بوجوب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصور هتك حرمة الاسم وقد شنع على هذا
بأن اليمين بذكر المقسم عليه وما ذكر فى الذخيرة من ان قوله على يمين موجب للكفارة معناه اذا وجد ذكر
المقسم عليه ونقضت اليمين ولا شك فى ذلك وانما ترك ذلك للعلم به فان المقصود الذى يحتمل ان يخفى هو ان
قوله على يمين هل يجرى مجرى قول القائل والله اولا فأما أن مجرد ذكر ذلك يحتمل ان تجب الكفارة فلا
خفاء فيه فيحتاج الى التنصيص عليه الا ترى الى قول محمد فى الاصل وان حلف بالله أو باسم من أسمائه أو
قال والله أو بالله أو على عهد الله أو ذمته أو هو يهودى او نصرانى أو برئ من الاسلام أو قال أشهد أو أشهد
بالله أو أحلف او أحلف بالله أو أقسم أو أقسم بالله أو على نذر أو نذر الله أو أعزم أو أعزم بالله أو على يمين أو
يمين الله أو ما أشبه ذلك ثم قال فهذه كلها أيمان واذا حلف بشئ منها ليفعلن كذا او كذا فحنث وجبت
عليه الكفارة وقد ذكر منها هو يهودى أو نصرانى وأن يقول والله و بالله وتالله وحكم على كل منها انه يمين
ولم يلزم من ذلك أن مجرد قوله والله أو قوله هو يهودى تلزمه الكفارة بل صرح باشتراط الحنث فى كل منها
للزوم الكفارة كما سمعت قوله واذا حلف بشئ منها ليفعلن كذا او كذا فحنث وجبت عليه الكفارة ولان
من الظاهر ان مجرد الاقرار بوجوب الكفارة لا يوجب الكفارة الا ان كان فى القضاء لانه يؤاخذ باقراره
وليس الكلام فى أن يقول اقسمت عند القاضى بل لو أقر به كان سبيله أن يفتيه بقوله ان كنت صادقا
فعليك الكفارة وانما الكلام فى الحنث فى اليمين وهو الانشاء والحق ان قوله على يمين اذا لم يزد عليه على
وجه الانشاء لا الاخبار يوجب الكفارة بناء على أنه التزم الكفارة بهذه العبارة ابتداء كما يأتى فى قوله على
نذر اذا لم يزد عليه فانه مثله من صيغ النذر ولو لم يكن كذلك لغا بخلاف أحلف وأشهد ونحوهما ليست من

(ولوقال بالفارسية سوكند ميخورم بخداى يكون يمينا) لانه للحال ولوقال سوكندخورم قيل لايكون يمينا ولوقال بالفارسية سوكندخورم بطلاق زنم لايكون يمينا لعدم التعارف قال (وكذاقوله لعمرالله وايم الله) لان عمر الله بقاءالله وايم الله معناه أيمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وأيم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف (وكذا قوله وعهدالله وميثاقه) لان العهد يمين قال الله تعالى وأوفوا بعهدالله والميثاق عبارة عن العهد

صيغ النذر فلا يثبت به الالتزام ابتداء والموضع الآخر استدلال صاحب النهاية وغيره على أن مجرد قوله أحلف أو أقسم يمين بقوله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم وقوله تعالى اذ أقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يخفى على أحد ان قوله أقسموا اخبار عن وجود قسم منهم وهو لا يستلزم ان ذلك القسم كان قولهم نقسم لنصرمنها فانهم لو قالوا والله لنصرمنها مصبحين لصح ان يقال فى الاخبار عنهم اقسموا ليصرمنها ومثله فى يحلفون لكم لترضوا عنهم لا يلزم كون حلفهم كان بلفظ الحلف أصلا فضلا عن لفظ الحلف بلاذكر اسم الله تعالى وانما استدل على ذلك بحديث الذى رأى رؤيا فقصها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبو بكر ائذن لى فلأعبرها فأذن له فعبرها ثم قال أصبت يارسول الله فقال أصبت واخطأت فقال أقسمت يارسول الله لتخبرنى قال لا تقسم هكذا رواه أحمد وهو فى الصحيحين بلفظ آخر (قوله ولوقال بالفارسية سوكند مى خورم بخداى يكون يمينا) لانه للحال لان معناه أحلف الآن بالله ولوقال سوكندخورم قيل لايكون يمينا لانه مستقبل ولوقال سوكندخورم بطلاق زنم يعنى احلف بطلاق زوجتى لايكون يمينا لعدم التعارف فى الطلاق كذلك (قوله وكذاقوله لعمرالله وأيم الله) يعنى يكون حالفا كما هو حالف فى أقسم بالله وأخواته لان عمر الله بقاؤه وفيه ضم العين وفتحها الا أنه لايستعمل المضموم فى القسم ولا يلحق المفتوحة الواو فى الخط بخلاف عمرو العلم فانها ألحقت للفرق بينه و بين عمر والبقاء من صفة الذات على ما مر من قاعدته وهو ان يوصف به لا بضده فكأنه قال و بقاءالله كقدرة الله وكبريائه واذا أدخل عليه اللام رفع على الابتداء وحذف الخبر أى لعمرالله قسمى وان لم تدخله اللام نصب نصب المصادر فتقول عمرالله مافعلت و يكون على حذف حرف القسم كما فى الله لافعلن وأما قولهم عمرك الله مافعلت فمعناه باقرارك له بالبقاء و ينبغى أن لا ينعقد يمينا لانه حلف بفعل المخاطب وهو اقراره واعتقاده وأما أيم الله فمعناه أيمن الله وهو جمع يمين على قول الاكثر فخفف بالحذف حتى صار أيم الله ثم خفف أيضا فقيل م الله لافعلن كذا فيكون مما واحدة و بهذا نفى سيبويه أن يكون جمعا لان الجمع لا يبقى على حرف واحد ويقال من الله بضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما وهمزة أيمن بالقطع وانما وصلت فى الوصل تخفيفا لكثرة الاستعمال ومذهب سيبويه انها همزة وصل اجتلبت ليمكن بها النطق كهمزة ابن وامرئ من الاسماء الساكنة الاوائل وانما كان كل منهما يمينا لان الحلف بهما متعارف قال تعالى لعمرك انهم لفى سكرتهم يعمهون وقال صلى الله عليه وسلم فى حديث امارة اسامة بن زيد حين طعن بعض الناس فى إمارته ان كنتم تطعنون فى امارته فقد كنتم تطعنون فى امارة أبيه من قبل وايم الله ان كان لخليقا للامارة الحديث فى البخارى (قوله وكذاقوله وعهدالله وميثاقه) يعنى اذا أطلق عندنا وكذا عند مالك وأحمد وعند الشافعى لايكون يمينا الا بالنية لان العهد والميثاق يحتمل العبادات فلا يكون يمينا بغير النية وقوله تعالى وأوفوا بعهدالله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان لا يفيدان العهد يمين لجواز كونهما شيئين الامر بالايفاء بالعهد والنهى عن نقض الايمان المؤكدة بأى معنى فرض النقض فاستدلالهم به على انها يمين لا يتم وهذا لان ايجاب الوفاء بالعهد لا يستلزم ايجاب الكفارة بالخلاف ما عقد عليها الا لو ثبت فى مكان آخر فى الشرع انه كذلك قلنا ان أهل التفسير لما جعلوا المراد بالايمان هى العهود المتقدم ذكرها أو ما هو فى ضمنها أوجب الحكم باعتبار الشرع اياها يمينا وان لم يكن حلفا بصفة الله تعالى كما حكم بأن أشهد يمينا وان لم يكن فيه ذلك وأيضا غلب الاستعمال لهما فى معنى اليمين فينصرفان اليه

قال (وكذاقوله لعمرالله) هذا معطوف على أصل المسئلة وهو قوله اقسم الخ والعمر بالفتح والضم البقاء الا أن الفتح غلب فى القسم لايجوز فيه الضم قال فى المبسوط لعمرالله يمين باعتبار المعنى قال الله تعالى لعمرك والعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات فكأنه قال والله الباقى (وايم الله) معناه أيمن الله وهو جمع يمين عند الكوفيين وقال البصريون معناه والله وكلمة ايم صلة أى كلمة مستقلة كالواو والبحث فى قطع همزته ووصلها وغير ذلك وظيفة نحوية قوله (والحلف باللفظين) يريد به قوله لعمرك وايم الله (متعارف) يحلف بهما فى العادة ولم يرد نهى من الشرع فيكون يمينا وقوله (وكذاقوله عهدالله وميثاقه) ظاهر

قال المصنف (وكذا قوله لعمرالله وايم الله) أقول قال العلامة الطيبى فى شرح المشكاة فى كتاب الايمان والنذور نقلا عن المغرب اليمين يجمع على أيمن كرغيف يجمع على أرغف وأيم محذوف منه والهمزة للقطع وهو قول الكوفيين واليه ذهب الزجاج وعند سيبويه هى كلمة بنفسها وضعت للقسم ليست جمعا للشئ والهمزة فيها للوصل اه

فلا

(وكذا اذا قال على نذر أو نذر الله) لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين (وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يمينا) لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما تقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله

فلا يصرفهما عنه الا نية عدمه فالحالات ثلاثة اذا نوى اليمين أو لم ينو يمينا ولا غيره فهو يمين وان قصد غير اليمين فليس بيمين فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الذمة والامانة كأن يقول وذمة الله أو وأمانة الله لأفعلن واستدل على كونها يمينا بأنه صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيشا يقول اذا حاصرتم أهل حصن أو مدينة فارادوكم على ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم فدل على انها يمين ولا يخفى انه لا يستلزم ذلك والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا يسمى الذمي معاهدا والامانة على هذا الخلاف فعندنا ومالك وأحمد هو يمين وعند الشافعي بالنية لانها فسرت بالعبادات قلنا غلب ارادة اليمين بها اذا ذكرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة واعلم ان في سنن أبي داود من حديث بريدة عنه صلى الله عليه وسلم من حلف بالامانة فليس منا فقد يقال انه يقتضي عدم كونه يمينا والوجه انه انما يقتضي منع الحلف به ولا يستلزم ذلك انه لا يقتضي الكفارة عند الحنث والله أعلم ولو قال على عهد الله وأمانته وميثاقه ولا نية له فهو يمين عندنا ومالك وأحمد ولو حنث لزمته كفارة واحدة وحكى عن مالك يجب عليه بكل لفظ كفارة لان كل لفظ يمين بنفسه وهو قياس مذهبنا اذا كرر الواو كما لو قال والله والرحمن والرحيم الا في رواية الحسن عن أبي حنيفة وعند الشافعي اذا قصد بكل لفظ يمينا تعددت الايمان والا يكون الجمع بين الالفاظ للتوكيد فتجب كفارة واحدة قلنا الواو للعطف وهو موجب للمغايرة (قوله وكذا اذا قال على نذر أو على نذر الله) يعني يكون يمينا اذا ذكر المحلوف عليه بان قال على نذر الله لأفعلن أو لا أفعل كذا حتى اذا لم يف بما حلف عليه لزمته كفارة يمين هذا اذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيأ من القرب كحج أو صوم فان كان نوى بقوله على نذر ان فعلت كذا قربة مقصودة يصح النذر بها ففعل لزمته تلك القربة قال الحاكم وان حلف بالنذر فان نوى شيأ من حج أو عمرة فعليه ما نوى وان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين ولاشك ان قوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمين رواه أبو داود من حديث ابن عباس رضي الله عنهما أوجب فيه الكفارة مطلقا الا أنه لما نوى بالمطلق في اللفظ قربة معينة كانت كالمسماة لانها مسماة بالكلام النفسي فانما ينصرف الحديث الى ما لا نية معه من لفظ النذر فاما اذا قال على نذر أو نذر الله ولم يزد على ذلك فهذا لم نجعله يمينا لان اليمين انما يتحقق بمحلوف عليه فالحكم فيه أن تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة فأما اذا ذكر صيغة النذر بان يقول لله على كذا صلاة ركعتين مثلا أو صوم يوم مطلقا عن الشرط أو متعلقا به أو ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور مثل لله على نذر صوم يومين معلقا أو منجزا فسيأتي في فصل الكفارة فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر (قوله ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يمينا) فاذا فعله لزمه كفارة يمين قياسا على تحريم المباح فانه يمين بالنص وذلك أنه صلى الله عليه وسلم حرم مارية على نفسه فأنزل الله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ووجه الالحاق أنه لما جعل الشرط وهو فعل كذا علما على كفره ومعتقده حرمة كفره فقد اعتقده أي الشرط واجب الامتناع فكأنه قال حرمت على نفسي فعل كذا كدخول الدار ولو قال دخول الدار مثلا على حرام كان يمينا فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يمينا اذا عرف هذا فلو قال ذلك لشيء قد فعله كأن قال ان كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم أنه قد فعله فهي يمين الغموس

من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين ومن قال ان فعل كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر أو مجوسي كان يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما تقول في تحريم الحلال) وهذا جواب من قال أنا بريء من الكعبة أو النبي صلى الله عليه وسلم فانه يكون يمينا وان كان ذلك كفرا لانه اعتقد ان البراءة عن ذلك واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغيره فكان يمينا هذا هو الموعود فيما تقدم وقد روى عن محمد أنه اذا قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فهما يمينان وان قال هو يهودي أو نصراني ان فعل كذا فهو يمين واحدة لان في الاول كل واحد من اللفظين تام بذكر الشرط والجزاء وفي الثاني كلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة وقوله (ولو قال ذلك لشيء قد فعله) يعني لو حلف بهذا اللفظ على أمر ماض فان كان عنده أنه صادق فلا شيء عليه وان كان يعلم انه كاذب

(قوله وقد أمكن القول بوجوبه لغيره) أقول الامتناع عن البراءة عما ذكر واجب لعينه لا لغيره كما لا يخفى (قوله هذا هو الموعود الخ) أقول أراد به ما تقدم بنصف ورقة وهو قوله ولقائل أن يقول سلمنا أن التبري منهما الى قوله والجواب سيجيء اهـ

فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودي والصحيح أنه لا يكفر فيهما ان كان يعلم أنه يمين وان كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث أقدم على الفعل (ولو قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله أو سخط الله فليس بحالف) لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف (وكذا اذا قال ان فعلت كذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربوا) لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

لا كفارة فيها الا التوبة وهل يكفر حتى تكون التوبة اللازمة عليه التوبة من الكفر وتجديد الاسلام قيل لا وقيل نعم لانه تنجيز معنى لانه لما علقه بأمر كائن فكأنه قال ابتداء هو كافر والصحيح انه ان كان يعلم أنه يمين فيه الكفارة اذا لم يكن غموسا لا يكفر وان كان في اعتقاده انه يكفر به يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث أقدم على الفعل الذي علق عليه كفره وهو يعتقد أنه يكفر اذا فعله واعلم انه ثبت في الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من حلف على يمين بملة غير الاسلام كاذبا متعمدا فهو كما قال فهذا بتراءى أعم من أن يعتقده يمينا أو كفرا والظاهر انه أخرج مخرج الغالب فان الغالب ممن يحلف بمثل هذه الايمان أن يكون من اهل الجهل لا من أهل العلم والخير وهؤلاء لا يعرفون الا لزوم الكفر على تقدير الحنث فان تم هذا والا فالحديث شاهد لمن أطلق القول بكفره (قوله ولو قال ان فعلت كذا فعليه غضب الله أو سخطه فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق بالشرط) أي لا يلزم سببية الشرط له غاية الامر ان يكون نفس الدعاء معلقا بالشرط فكأنه عند الشرط دعا على نفسه ولا يستلزم وقوع المدعو بل ذلك متعلق باستجابة دعائه (ولانه غير متعارف وكذا ان قال ان فعلت كذا فهو زان أو فاسق أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا) لا يكون يمينا اما أولا فلأن معنى اليمين ان يعلق ما يوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل وليس بمجرد وجود الفعل يصير زانيا أو سارقا لانه لا يصير كذلك الا بفعل مستأنف يدخل في الوجود ووجود هذا الفعل ليس لازما لوجود المحلوف عليه حتى يكون موجبا امتناعه عنه فلا يكون يمينا بخلاف الكفر فانه بالرضا به يكفر من غير توقف على عمل آخر أو اعتقاد والرضا يتحقق بمباشرة الشرط فيوجب عنده الكفر لولا قول طائفة من العلماء بالكفارة وأما ثانيا فلان حرمة هذه الاشياء تحتمل السقوط وهو المراد بقوله تحتمل النسخ والتبديل أما الخمر فظاهر وأما السرقة فعند الاضطرار الى أكل مال الغير وكذا اذا أكرهت المرأة بالسيف على الزنا وحرمة الاسم لا تحتمل السقوط فلم تكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة الاسم وهذا فيه نظر لان كون الحرمة تحتمل الارتفاع أو لا تحتمله لا أثر له فانه ان كان يرجع الى تحريم المباح فهو يمين مع أن ذلك المباح يحتمل تحريمه الارتفاع وان لم يرجع اليه لا يكون يمينا ولا معنى لزيادة كلام لا دخل له ولانه ليس بمتعارف أن يقال ان فعلت فأنا زان فلا يكون يمينا ﴿فروع﴾ في تعدد اليمين ووحدتها وغير ذلك اذا عدد ما يحلف به بلا واو مع اختلاف اللفظ أو عدم اختلافه فهو يمين واحدة كأن يقول والله الرحمن الرحيم أو يقول والله الله الا أن تعليل هذا بانه جعل الثاني نعتا للاول مؤول وكذا بلا اختلاف مع الواو نحو والله والله أو هو بريء من الله ورسوله وان كان بواو في الاختلاف نحو والله والرحمن والرحيم تعددت اليمين بتعددها وكذا بواوين مع الاتحاد نحو والله ووالله فيتفرع أنه لو قال والله ووالله والرحمن أنها ثلاثة أيمان أو هو بريء من الله وبريء من رسوله فيمينان حتى لو قال هو بريء من الله وبريء من رسوله والله ورسوله منه بريئان ان فعل كذا فهي أربعة أيمان فيلزمه لفعل ما سماه أربع كفارات هذا كله ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أن عليه في المختلفة كفارة واحدة لان الواو الكائنة بين

فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل) يعني كما لو حلف به على أمر في المستقبل فانه في المستقبل كان يمينا يكفر ولا يكفر الحالف كذلك اذا كان في الماضي (وقيل) وهو قول محمد ابن مقاتل (يكفر لانه) علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود (تنجيز) فكأنه قال هو يهودي قال في النهاية والصحيح انه اذا كان عالما يعرف أنه يمين فلا يكفر به في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا أو عنده انه يكفر بالحلف فانه يكفر في الماضي والمستقبل لانه لما أقدم على ذلك الفعل وعنده أنه يكفر فقد رضي بالكفر وقوله (لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل) قال في النهاية أما لزنا والسرقة فانهما لا يحتملان النسخ ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا والعين المقصودة بالسرقة بعينه جاز أن يكون حلالا له بوجه النكاح وملك اليمين فسمى احتمال انقلابهما من الحرمة الى الحل بالسبب الشرعي نسخا وتبديلا وأما الخمر والربا فيحتملان النسخ أما الخمر فظاهر أنها كانت حلالا ثم انتسخ وأما الربا فيحتمل النسخ في نفسه وان لم يرد النسخ في حقه ألا ترى انه يحل في دار الحرب وأقول في كلام المصنف لف ونشر على غير السنن وذلك لان قوله نسخا متعلق بشرب الخمر وأكل الربا وقوله تبديلا بالزنا والسرقة ويراد بالتبديل انقلاب المحل على ما ذكر وهذا افادة والحمل على ما ذكره صاحب النهاية اعادة والحمل على الاولى أولى فاذا كان كذلك لم تكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة اسم الله تعالى لان حرمته لا تحل في حال فلا يتحقق اليمين بذكر هذه الاشياء (ولانه ليس بمتعارف) فلا يكون يمينا

بين الاسماء للقسم لا للعطف وبه أخذ مشايخ سمرقند وأكثر المشايخ على ظاهر الرواية فلو قال بواو بين كوالله ووالرحمن فكفارتان في قولهم وروى ابن سماعة في غير المختلفة عن محمد نحو والله والله مطلقا هذا قبل ذكر الجواب أما لو قال والله لا أفعل كذا ثم أعاده بعينه فكفارتان وكذا لو قال لامرأته والله لا أقربك ثم قال والله لا أقربك فقربها لزمه كفارتان روى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله وسواء كان في مجلس أو مجالس وروى الحسن أنه ان نوى بالثاني الخبر عن الاول صدق ديانة وهي عبارة متساهل فيها وانما المراد أن يريد بالثاني تكرار الاول وتأكيده اختاره هذا الامام أبو بكر محمد بن الفضل قال فان نوى به المبالغة أو لم ينو شيأ يلزمه كفارتان وقدمر في الايلاء في التجريد عن أبي حنيفة اذا حلف بأيمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس فيه سواء ولو قال عنيت بالثاني الاول لم يستقم في اليمين بالله سبحانه وتعالى ولو حلف بحجة أو عمرة يستقيم وهذا يخالف ماروى الحسن وفي الخلاصة عن نسخة الامام السرخسي في ايمان الاصل اذا حلف على أمر أن لا يفعله ثم حلف في ذلك المجلس أو في مجلس آخر أن لا يفعله أبدا ثم فعله ان نوى يمينا مبتدأة أو التشديد أو لم ينو فعليه كفارة يمين أما اذا نوى بالثاني الاول فعليه كفارة واحدة وقدمنا في الايلاء لو قال والله لا أكلم فلانا يوما والله لا أكلمه شهرا والله لا أكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان لانه انعقد على تلك الساعة ثلاثة ايمان يمين اليوم ويمين الشهر ويمين السنة فعليه اذا كلمه بعد ساعة ثلاث كفارات وان كلمه بعد يوم فعليه كفارتان لان يمين اليوم انحلت قبله فبقى على ذلك اليوم يمينان وان كلمه بعد شهر فكفارة واحدة وان كلمه بعد سنة فلا شئ عليه وعرف في الطلاق أنه لو قال ان دخلت فأنت طالق ان دخلت فأنت طالق ان دخلت فأنت طالق فدخلت وقع عليها ثلاث تطليقات وما في الاصل من أنه اذا قال هو يهودي هو نصراني ان فعل كذا فهي يمين واحدة ولو قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فيمينان يفيد أن في مثله تعدد اليمين منوط بتكرر المحلوف عليه مع تكرر الالتزام بالكفر ولو قال أنا برىء من الكتب الاربعة فهي يمين واحدة وكذا لو قال هو برىء من التوراة والانجيل والزبور والفرقان فهي يمين واحدة ولو قال هو برىء من التوراة وبرىء من الانجيل وبرىء من الزبور وبرىء من الفرقان فهي أربعة أيمان ولو قال هو شريك اليهودي فهو كقوله يهودي ولو قال برىء من هذه الثلاثين يوما يعني شهر رمضان ان أراد عن فرضيتها يكون يمينا أو عن أجرها أو لم ينو شيأ لا يكون يمينا والاحتياط هو يمين ولو قال من الصلاة التي صليتها وحنث لا يلزمه شئ بخلاف قوله من القرآن الذي تعلمت واختلف في برىء من الشفاعة وفي مجموع النوازل الاصح انه ليس بيمين ولو قال دخلت الدار أمس فقال نعم فقال له والله لقد دخلتها فقال نعم فهو حالف وروى بشر عن أبي يوسف قال لآخر إن كلمت فلانا فعبدك حر فقال نعم الا باذنك فهذا ان كلمه بغير اذنه يحنث ولو قال رجل لآخر الله لتفعلن كذا أو والله لتفعلن كذا فقال الآخر نعم فان أراد المبتدئ الحلف وكذا المجيب فهما حالفان على كل منهما كفارة ان لم يفعل المجيب لان قوله نعم جواب وهو يستدعي اعادة ما في السؤال فكأنه قال نعم والله لافعلن كذا وان نوى المبتدئ الاستحلاف والمجيب الحلف فالمجيب هو الحالف وان لم ينو كل منهما شيأ فالحالف هو المجيب في قوله الله وفي قوله والله بالواو فالحالف هو المبتدئ وان أراد المبتدئ الاستحلاف فأراد المجيب أن لا يكون عليه يمين وأن يكون قوله نعم وعدا بلا يمين فهو كما نوى ولا يمين على واحد منهما ولو قال بالله فهو كقوله والله في جميع ذلك ولو قال لمديونه ان لم تقض ديني غدا فامرأتك طالق فقال المديون نعم فقال له الرجل قل نعم فقال نعم وأراد جوابه يلزمه اليمين ثانيا فتطلق ثنتين وان دخل بينهما انقطاع في الفتاوى وفي مجموع النوازل قال لآخر والله لا أجيء الى ضيافتك فقال الآخر ولا تجيء الى ضيافتي فقال نعم يصير حالفا ثانيا

﴿فصـل في الكفارة﴾ قال (كفارة اليمين عتق رقبة يجزى فيها ما يجزى في الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وأدناه ما يجوز فيه الصلاة وان شاء أطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار) والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الاشياء الثلاثة قال (فان لم يقدر على أحد الاشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات) وقال الشافعي رحمه الله يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله تعالى عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهى كالخبر المشهور

﴿فصـل في الكفارة﴾ الكفارة فعالة من الكفر وهو الستر وبه سمى الليل كافرا قال * في ليلة كفر النجوم غمامها * وتكفر شوبه اشتمل به واضافتها الى اليمين في قولنا كفارة اليمين اضافة الى الشرط مجازا وعند الشافعي اضافة الى السبب فاليمين هو السبب وسيذكر المصنف المسئلة (قوله كفارة اليمين عتق رقبة) أى اعتاقها لا نفس العتق فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى عن الكفارة لا يجوز (ويجزى فيها ما يجزى في الظهار) وتقدم المجزئ في الظهار من أنها المسلمة والكافرة والذكر والانثى والصغيرة ولا يجزئ فائت جنس المنفعة بخلاف غيره فتجزى العوراء لا العمياء ومقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف ولا يجوز مقطوعهما من جهة واحدة ولا مقطوع اليدين والرجلين وفي الاصم اختلاف الرواية والاصح أنه اذا كان بحيث اذا صيح عليه يسمع جاز ولا يجوز المجنون الذى لا يفيق وفيمن يفيق ويجن يجوز ولا المدبرة وأم الولد لانه ما استحقا فيهما الحرية نقص الرق فيهما بخلاف المكاتب الذى لم يؤد شيأ يجوز بخلاف الذى أدى بعض شئ لانه كالمعتوق بعوض (وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد) يعنى ان كساه ثوبين أو ثلاثة فهو أفضل (وأدناه ما يجوز فيه الصلاة وان شاء أطعم عشرة مساكين) كالاطعام في كفارة الظهار وهى نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير ذكره الكرخى باسناده الى عمر رضى الله عنه قال صاع من تمر أو شعير ونصفه من بر وباسناده الى على رضى الله عنه قال كفارة اليمين نصف صاع من حنطة وبسنده الى الحسن رضى الله عنه قال يغديهم ويعشيهم وباسناده الى مجاهد قال كل كفارة في القرآن نصف صاع من بر لكل مسكين ولو غداهم وعشاهم وفيهم فطيم أو فوقه سنا لم يجز عن اطعام مسكين ويجوز أن يغديهم ويعشيهم بخبز الا أنه ان كان برا لا يشترط الادام وان كان غيره فبادام ويجوز في الاطعام كل من التمليك والاباحة وتقدم (والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الاشياء الثلاثة) والعبد الخيار في تعيين أيها شاء ويتعين الواجب عينا بفعل العبد والمسئلة طويلة في الاصول ودخل فيمن لم يقدر على العتق والكسوة والاطعام العبد فلا يكون كفارة عينه الا بالصوم ولو أعتق عنه مولاه أو أطعم أو كسا لا يجزيه وكذا المكاتب والمستسعى ولو صام العبد فيعتق قبل أن يفرغ ولو بساعة فأصاب مالا وجب عليه استئناف الكفارة بالمال (قوله فان لم يقدر على أحد الاشياء الثلاثة) من الاعتاق والكسوة والاطعام (كان عليه صوم ثلاثة أيام متتابعات وقال الشافعي يخير) بين التتابع والتفريق (لاطلاق النص) وهو قوله تعالى فصيام ثلاثة أيام وهو قول مالك وفي قول آخر شرط التتابع كقولنا وهو ظاهر مذهب أحمد (ولنا قراءة ابن مسعود رضى الله عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهى كالخبر المشهور) لشهرتها على ما قيل الى زمن أبى حنيفة رضى الله عنه والخبر المشهور يجوز تقييد النص القاطع به فيقيد ذلك المطلق به فان قيل الشافعي كان أولى بذلك منكم لانه يحمل المطلق على المقيد وان كانا في حادثتين وأنتم تحملونه في حادثة ثم انكم جريتم على موجب ذلك هنا وتركتموه في صدقة الفطر في قوله أدوا عن كل حر وعبد وقوله أدوا عن كل حر وعبد من المسلمين أجيب عنا بأنا انما نحمل في الحادثة الواحدة للضرورة ويستحيل أن يكون الفعل الواحد مطلقا ومقيدا بقيد زائد

(فصـل في الكفارة) لما فرغ من بيان الموجب شرع في بيان الموجب وهو الكفارة لكن هى موجب اليمين عند الانقلاب لان اليمين لم تشرع للكفارة بل تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث وكلامه واضح وكون الواجب أحد الاشياء على التخيير أو واحدا معينا عند الله وان كان مجهولا عندنا وعدم حمل الشافعي المطلق على المقيد على ما هو من مذهبه وغير ذلك مقرر في التقرير فليطلب ثمة

﴿فصل﴾ في كفارة اليمين

ثم المذكور فى الكتاب فى بيان أدنى الكسوة مروى عن محمد وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ان أدناه مايستر عامة بدنه حتى لايجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا فى العرف لكن مالايجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة

على المطلق و بقيد اطلاقه للتنافى بينهما فان الاول يقتضى أن لايجوز الابقيد التتابع ولايجزى التفريق والثانى يقتضى جوازه مفرقا لجوازه متتابعا واذا وجب القيد الاول لزمه انتفاء الثانى فلزم الحمل ضرورة وهذه الضرورة منتفية فى صدقة الفطر لورود النص بالمطلق والمقيد فى الاسباب ولا منافاة فى الاسباب فيكون كل من المطلق والمقيد سببا وهذا كلام محتاج الى تحقيق وتحقيقه أن الحمل لم يجب الا للضرورة وهى المعارضة بين المطلق والمقيد ولامعارضة بينهما الا لو قلنا بمفهوم المخالفة فانه حينئذ يكون الحاصل من المطلق أن ملك العبد سبب لوجوب الاداء عنه مسلما كان أو كافرا والحاصل من المقيد أن ملك العبد المسلم سبب وغير المسلم ليس سببا للفرض دلالة المفهوم فيتعارضان فى غير المسلم فاذا فرض تقديم المفهوم على الاطلاق لزم انتفاء سببية غير المسلم ولزم أن المراد ان المسلم فقط هو السبب وهو الحمل ضرورة لكنا لم نقل به فبقى مقتضى المطلق بلا معارض وهو أن المسلم وغيره سبب وأجابوا عما لزم الشافعى رحمه الله تعالى بأن هذه الكفارة تجاذبها أصلان فى التتابع وعدمه فحمل المطلق على المقيد بالتتابع فى كفارة القتل يوجب التتابع وحمله على صوم المتعة بناء على أنه عنده دم جبر يوجب التفريق فترك الحمل على كل منهما للتعارض وعمل باطلاق نص الكفارة (**قوله** ثم المذكور فى الكسوة فى الكتاب) أى المبسوط أو مختصر القدورى (فى بيان أدنى الكسوة) المسقطة للواجب من أنه مايجوز فيه الصلاة (مروى عن محمد رحمه الله) فيجزيه دفع السراويل وعنه تقييده بالرجل فان أعطى السراويل امرأة لايجوز لانه لايصح صلاتها فيه (وعن أبى حنيفة وأبى يوسف ان أدناه مايستر عامة بدنه ولايجوز السراويل على هذا وهو الصحيح لان لابس السراويل يسمى عريانا عرفا) فعلى هذا لابد أن يعطيه قميصا أو جبة أو رداء أو قباء أو ازارا سابلا بحيث يتوشح به عند أبى حنيفة وأبى يوسف والا فهو كالسراويل ولاتجزئ العمامة الا ان أمكن أن يتخذ منها ثوب مجزئ مما ذكرنا جاز وأما القلنسوة فلا تجزى بحال وان كان قد روى عن عمران بن الحصين انه سئل عن ذلك فقال اذا قدم وفد على الامير وأعطاهم قلنسوة قلنسوة قيل قد كساهم فلا عمل على هذا وعن ابن عمر رضى الله عنه لايجزى أقل من ثلاثة أثواب قميص ومئزر ورداء وعن أبى موسى الاشعرى ثوبان قال الطحاوى هذا كله اذا دفع الى الرجل أما اذا دفع الى المرأة فلابد من خمار مع الثوب لان صلاتها لاتصح دونه وهذا يشابه الرواية التى عن محمد فى دفع السراويل أنه للمرأة لايكفى وهذا كله خلاف ظاهر الجواب وانما ظاهر الجواب مايثبت به اسم المكتسى وينتفى عنه اسم العريان وعليه بنى عدم اجزاء السراويل لاصحة الصلاة وعدمها فانه لادخل له فى الامر بالكسوة اذ ليس معناه الا جعل الفقير مكتسيا على ماذكرنا والمرأة اذا كانت لابسة قميصا سابلا وازارا وخمارا غطى رأسها وأذنيها دون عنقها لاشك فى ثبوت اسم أنها مكتسية لاعريانة ومع هذا لاتصح صلاتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلاة أولا ثم اعتبار الفقر والغنى عندنا عند ارادة التكفير وعند الشافعى عند الحنث فلو كان موسرا عند الحنث ثم اعسر عند التكفير أجزأه الصوم عندنا وبعكسه لايجزيه وعند الشافعى على القلب قاسه على الحد فان المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرق وقلنا الصوم خلف عن المال كالتيمم فانما يعتبر فيه وقت الاداء أما حد العبد فليس ببدل عن حد الحر فلا يصح قياسه عليه (**قوله** لكن مالايجزيه الخ) يعنى لو أعطى الفقير ثوبا لايجزيه عن الكسوة الواقعة كفارة بطريق الكسوة مثل السراويل على المختار أو نصف ثوب مجزئ وقيمته تبلغ قيمة نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير أجزأه عن اطعام فقير من الكفارة

وقوله وهو الصحيح احترازعما روى فى نوادر ابن سماعة انه يجوز وفى رواية أخرى ان أعطى السراويل المرأة لايجوز وان أعطى الرجل يجوز لان المعتبر رد العرى بقدر مايجوز به الصلاة لان ستر العورة فرض لاتجوز الصلاة بدونه أما مازاد عليه ففضل يعتبر للتجمل أو للتدثر فلا يؤاخذ عليه فى الكسوة كما لايؤاخذ عليه الادام فى الطعام وقوله (لكن مالايجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة) يعنى لو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه عن الكسوة لان الاكتساء لايحصل به ولكنه يجزيه من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوى نصف صاع من حنطة وكذلك لو أعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كلا منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لايكتسى به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام وهل يشترط النية أولا ذكر شيخ الاسلام فى ظاهر الرواية أنه يجزيه نوى أن يكون بدلا عن الطعام أو لم ينو وعن أبى يوسف اذا نوى أن يكون عن الطعام يجزيه عن الطعام وان لم ينو لم يجزه

(وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه) وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه أداها بعد السبب وهو اليمين فأشبه التكفير بعد الجرح ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض

وكذا اذا أعطى عشرة مساكين ثوبا كبيرا لا يكفي كل واحد حصته منه للكسوة وتبلغ حصة كل منهم قيمة ما ذكرنا أجزأه عن الكفارة بالاطعام ثم ظاهر المذهب انه لا يشترط للاجزاء عن الاطعام أن ينوي به عن الاطعام وعن أبي يوسف لا يجزيه الا أن ينوي به عن الطعام وعند زفر لا يجزيه نوى أو لم ينو واعترض بقوله صلى الله عليه وسلم وانما لكل امرئ ما نوى فاذا لم ينو عن الاطعام لا يقع عنه ولانه تعالى خير المكفر بين خصال ثلاث فاذا اختار أحدها صار كانه هو الواجب ابتداء وتنحى الآخران والجواب انه إن أراد انه لا بد من نية الكفارة فصحيح وبه نقول وقوله صلى الله عليه وسلم وانما لكل امرئ ما نوى دليله فلا ينصرف المؤدى طعاما أو كسوة الى كونه كفارة الا بنية وان أراد انه لا بد أن ينوي التكفير بالاطعام والتكفير بالكسوة مثلا فممنوع فان الواجب التكفير بأحد الاشياء التي كل منها متعلق الواجب وهو فعل الدفع الذي هو نفس الواجب فاذا دفع أحدها ونوى الامتثال فقد تم الواجب سواء كان بصحح اطعاما أو غيره مما هو أحد الثلاثة ولو توقف السقوط على أن ينوي بدفع أحدها انه عن الآخر اذا لم يكف لنفسه لزم أن ينوي كل خصلة في نفسها فيجب أن ينوي في الاطعام انه اطعام وفي دفع الثوب انه كسوة ولا حاجة الى ذلك بل المحتاج اليه نية الامتثال بالفعل اذا كان مما يصلح للاسقاط بوجه وقد نوى الاسقاط فانصرف الى ما به الاسقاط فظهر ضعف كلام المعترض على ان كونه مختارا للكسوة اذا دفع ما لا يستقيم كسوة ممنوع وقد طولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا أعطى نصف صاع تمر في صدقة الفطر قيمته نصف صاع بر لا يجزي عنه بطريق القيمة وأجيب بان جنس الكفارة في التمر والبر متحد منصوص عليه وهو سد حاجة البطن من التغذي فلا يدفع أحدهما عن الآخر كالقمح عن الشعير بخلاف الكسوة مع الاطعام فانهما جنسان من الكفارة لدفع حاجتين متباينتين دفع حاجة البرد والحر ودفع حاجة التغذي فجاز جعل احداهما عن الاخرى وانما نظير المورد من صدقة الفطر لو دفع ثوبا صغيرا نفيسا تبلغ قيمته ثوب كرباس يجزي عن الكسوة ينبغي أن لا يجزيه عن الكسوة بل عن الاطعام (قوله وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال) دون الصوم (لانه أدى بعد السبب وهو اليمين) وانما كان السبب للكفارة هو اليمين لانه أضيف اليه الكفارة في النص بقوله تعالى ذلك كفارة أيمانكم وأهل اللغة والعرف يقولون كفارة اليمين ولا يقولون كفارة الحنث والاضافة دليل سببية المضاف اليه للمضاف الواقع حكما شرعيا أو متعلقه كما فيما نحن فيه فان الكفارة متعلق الحكم الذي هو الوجوب واذا ثبت سببيته جاز تقديم الكفارة على الحنث لانه حينئذ شرط والتقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعا كما جاز في الزكاة تقديمها على الحول بعد السبب الذي هو ملك النصاب وكما في تقديم التكفير بعد الجرح على الميت بالسراية ومقتضى هذا أن لا يفترق المال والصوم وهو قوله القديم وفي الجديد لا يقدم الصوم لان العبادات البدنية لا تقدم على الوقت يعني ان تقدم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعا الا في المالية كالزكاة فيقتصر عليه وذهب جماعة من السلف الى التكفير قبل الحنث مطلقا صوما كان أو مالا وهو ظاهر الاحاديث التي يستدل بها على التقديم كما سنذكر (ولنا ان الكفارة لستر الجناية) من الكفر وهو الستر قال القائل * في ليلة كفر النجوم غمامها * وبه سمي الزارع كافرا لانه يستر البذر في الارض (ولا جناية) قبل الحنث لانها منوطة به لا باليمين لانه ذكر الله على وجه التعظيم ولذا أقدم النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة على الأيمان وكون الحنث جناية مطلقا ليس واقعا اذ قد يكون فرضا وانما أخرج

(وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه أداها بعد السبب وهو اليمين) لانها تضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى أسبابها حقيقة والاداء بعد السبب جائز لا محالة (فأشبه التكفير بعد الجرح ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا) لانها تحصل بهتك حرمة اسم الله بالحنث وقوله (واليمين ليست بسبب) جواب عن قوله لانه أداها بعد السبب وهو اليمين ووجهه أن السبب ما يكون مفضيا واليمين غير مفض الى الكفارة لانها تجب بعد نقضها بالحنث وانما أضيفت اليها لانها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم (بخلاف الجرح لانه مفض) الى الموت

المصنف رحمه الله تعالى الكلام مخرج الظاهر المتبادر من اخلاف المحلوف عليه والحاصل أن السبب الحنث سواء كان به معصية أولا والمدار توفير ما يجب لاسم الله عليه وهذا يفيد أن السبب الحنث واليمين ليست بسبب لان أقل ما فى السبب أن يكون مفضيا الى المسبب واليمين ليس كذلك لانه مانع عن (١) عدم المحلوف عليه فكيف يكون مفضيا اليه ثم قد يتفق تحققه اتفاقا لاعن اليمين للعلم بأن نفس أكل الفاكهة لم يتسبب فيه نفس الحلف على تركه بخلاف الجرح فانه مفض الى التلف فلزم ان الاضافة المذكورة اضافة الى الشرط فان الاضافة الى الشرط جائزة وثابتة فى الشرع كما فى كفارة الاحرام وصدقة الفطر على انه لو سلم أن اليمين سبب فلا شك فى أن الحنث شرط الوجوب للقطع بأن الكفارة لا تجب قبله والا وجبت بمجرد اليمين والمشروط لا يوجد قبل شرطه فلا يقع التكفير واجبا قبله فلا يسقط الوجوب قبل ثبوته ولا عند ثبوته بفعل قبله لم يكن واجبا فهذا مقتضى الدليل وقع الشرع على خلافه فى الزكاة والجرح وصدقة الفطر على ما قدمناه فى باب صدقة الفطر فيقتصر على مورده فلا يلحق غيره به فان قيل قد ورد السمع به فى قوله صلى الله عليه وسلم فليكفر عن يمينه ثم ليأت الذى هو خير قلنا المعروف فى الصحيحين من حديث عبد الرحمن بن سمرة قال قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك وأت الذى هو خير وفى مسلم من حديث أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذى هو خير وحديث البخارى وليس فى شىء من الروايات المعتبرة لفظ ثم الا وهو مقابل بروايات كثيرة بالواو فمن ذلك حديث عبد الرحمن بن سمرة فى أبى داود قال فيه فكفر عن يمينك ثم ائت الذى هو خير وهذه الروايات مقابلة بروايات عديدة كحديث عبد الرحمن هذا فى البخارى وغيره بالواو فينزل منزلة الشاذ منها فيجب حملها على معنى الواو حملا للقليل الاقرب الى الغلط على الكثير ومن ذلك حديث عائشة فى المستدرك كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا حلف لا يحنث حتى أنزل الله كفارة اليمين فقال لا أحلف على يمين الى ان قال الا كفرت عن يمينى ثم أتيت الذى هو خير وهذا فى البخارى عن عائشة أن أبا بكر كان الى آخر ما فى المستدرك وفيه العطف بالواو وهو أولى بالاعتبار وقد شذت رواية ثم لمخالفتها روايات الصحيحين والسنن والمسانيد فصدق عليها تعريف المنكر فى علم الحديث وهو ما خالف الحافظ فيها الاكثر يعنى من سواه ممن هو أولى منه بالحفظ والاتقان فلا يعمل بهذه الرواية ويكون التعقيب المفاد بالفاء جملة المذكور كما فى ادخل السوق فاشتر لحما وفاكهة فان المقصود تعقيب دخول السوق بشراء كل من الامرين وهكذا قلنا فى قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق الآية وهذا لان الواو لما لم تقتض التعقيب كان قوله فليكفر لا يلزم تقديمه على الحنث بل جاز كونه قبله كما بعده فلزم من هذا كون الحاصل فليفعل الامرين فيكون المعقب الامرين ثم وردت روايات بعكسه منها ما فى صحيح مسلم من حديث عدى بن حاتم عنه صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه ومنها حديث رواه الامام أحمد عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير ثم ليكفر عن يمينه ومنها ما أخرج النسائى أخبرنا أحمد بن منصور عن سفيان حدثنا أبو الزعراء عن عمه أبى الاحوص عن أبيه قال قلت يا رسول الله رأيت ابن عم لى آتيه أسأله فلا يعطينى ولا يصلنى ثم يحتاج الى فيأتينى ويسألنى وقد حلفت أن لا أعطيه ولا أصله فأمرنى أن آتى الذى هو خير وأكفر عن يمينى ورواه ابن ماجه بنحوه ثم لو فرض صحة رواية ثم كان من تغيير الرواية اذ قد ثبتت الروايات فى الصحيحين وغيرهما من كتب الحديث بالواو ولو سلم فالواجب كما قدمنا حمل القليل على الكثير الشهير لا عكسه فتحمل ثم على الواو التى امتلأت كتب الحديث منها دون ثم وأما لفظ الحديث على ما ذكره المصنف فلم يعرف أصلا أعنى قوله من حلف

وقوله (ثم لا يسترد من المسكين) قيل هو معطوف على قوله لم يجزه يعني وان لم يقع كفارة اذا دفع الى المسكين قبل الحنث لكن لا يسترد منه لانه قصد شيئين ستر الجناية وحصول الثواب ولم يحصل الاول لعدم الجناية فيحصل الثاني فتكون قد وقعت صدقة فلا رجوع فيها (ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغي أن يحنث نفسه و يكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه) معناه من حلف على مقسم عليه من فعل أو ترك لان اليمين مركبة من مقسم به وهو بالله ومقسم عليه وهو قوله لافعلن أو لا أفعل فكان من باب ذكر الكل وارادة البعض وفي وجه الاستدلال به نظر لانه قال ورأى غيرها خيرا منها فالمدعى مطلق والدليل مشروط برؤية غيره خيرا والجواب ان حال المسلم يقتضي أن يرى ترك المعصية خيرا منها فيجعل الشرط موجودا نظرا الى حاله وقوله (ولان فيما قلنا) يعني أداء الكفارة بعد الحنث (تفويت البر الى جابر وهو الكفارة) لما أن الجابر يقتضي سبق خلل المجبور وهو خلل اليمين بالحنث فيما قلنا فتصلح الكفارة جابرة (ولا جابر للمعصية

(٢٢)

في ضده) أي في ضد ما قلنا أي لا جابر لمعصية الحنث فيما قاله الشافعي لان الحنث لما تأخر عن الكفارة لم تصلح الكفارة السابقة جابرة لذلك الحنث لان الجابر لا يتقدم كذا في النهاية وقال في بعض الشروح ولان فيما قلنا أي في تحنيث النفس والتكفير بعد ذلك تفويت البر الى جابر والجابر هو الكفارة والفوات الى جابر كلا فوات فتكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر أما اذا أتى بالبر وهو ترك الصلاة وقطع الكلام عن الاب وقتل فلان بغير حق تحصل المعصية بلا جبر لها فتكون المعصية قائمة لا محالة فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه وكلا الوجهين صحيح والثاني أنسب (واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد اسلامه فلا حنث) أي لا كفارة (عليه) وقال مالك والشافعي يكفر بالمال لان اليمين تعقد للبر وهو من أهله لانه انما يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله وهو يعتقد ذلك فكان اعتقاده يحمله على البر ولهذا يستحلف في الدعاوى والخصومات (ولنا أنه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله ومع الكفر لا يكون معظما) اذ الكفر اهانة واستخفاف بالخالق وهو ينافي التعظيم (ولا هو أهل للكفارة لانها عبادة) بخلاف الاستحلاف في الدعاوى والخصومات فان المقصود منه ظهور حق المدعي بالنكول أو الاقرار والكفر لا ينافي ذلك

هذا

(ثم لا يسترد من المسكين) لوقوعه صدقة قال (ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغي أن يحنث نفسه و يكفر عن يمينه) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده (واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد اسلامه فلا حنث عليه) لانه ليس بأهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو أهل الكفارة لانها عبادة

على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه الا أن المطلوب لم يتوقف عليه كذلك هذا ولفظ اليمين في قوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مجاز من اطلاق اسم الكل على الجزء وهو المقسم عليه لان اليمين اسم لمجموع القسم والمقسم عليه وهو المراد (قوله لا يسترد من الفقير) يعني اذا دفع الى الفقير الكفارة قبل الحنث وقلنا لا يجزيه فليس له أن يستردها منه لانه تمليك لله قصد به القربة مع شئ آخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له أن ينقضه و يبطله (قوله ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغي أن يحنث) أي يجب عليه أن يحنث (نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه) وقد ذكرناه آنفا (ولان فيما قلناه) من تحنيث نفسه (تفويت البر الى جابر وهو الكفارة) وثبوت جابر الشئ كثبوت نفسه فكان المتحقق البر (ولا جابر للمعصية في ضده) أي في ضد ما قلناه وهو تحنيث نفسه وضد تحنيث نفسه هو أن يبر في يمينه بفعل المعصية فانه حينئذ تتقرر المعصية دون جابر يجبرها واعلم أن المحلوف عليه أنواع فعل معصية أو ترك فرض فالحنث واجب أو شئ غيره أولى منه كالحلف على ترك وطء زوجته شهرا ونحوه فان الحنث أفضل لان الرفق أيمن وكذا اذا حلف ليضربن عبده وهو يستأهل ذلك أو ليشكون مديونه ان لم يوافه غدا لان العفو أفضل وكذا تيسير المطالبة أو على شئ وضده مثله كالحلف لا يأكل هذا الخبز أو لا يلبس هذا الثوب فالبر في هذا وحفظ اليمين أولى ولو قال قائل انه واجب لقوله تعالى واحفظوا أيمانكم على ما هو المختار في تأويلها انه البر فيها أمكن (قوله واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر أو بعد اسلامه فلا حنث عليه) أي لا كفارة عليه فالمراد حكم الحنث المعهود وكذا اذا حلف مسلما ثم ارتد ثم أسلم حنث لا يلزمه شئ وعلى

(قوله فكان من باب ذكر الكل الخ) أقول أراد من الكل اليمين ومن البعض المقسم عليه قال المصنف (ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه) أقول فانه أهون الشرين وارتكابه واجب اذا لم يكن بد من أحدهما وفي أوائل كتاب الطلاق من الكافي كلام متعلق بالمقام فراجعه

هذا الخلاف اذا نذر الكافر ما هو قربة من صدقة أو صوم لا يلزمه شيء عندنا بعد الاسلام ولا قبله وبقولنا في مسئلة الكتاب قال مالك وعند الشافعي وأحمد يلزمه الكفارة بالمال لانه أهل لايجابه دون الصوم لانه عبادة وليس أهلا لها وصار كالعبد لما تعذر عليه الكفارة بالمال تعين عليه احدى الخصال فكذا هذا لما تعذر عليه الصوم تعين ما سواه وأيضا هو أهل لليمين فانه يعتقد حرمة اسم الله جل وعلا ويمتنع عن اخلاف ما عقده به عليه ولهذا يستحلف في الدعاوى ويدخل في المال العتق فانه يقبل الفصل عن العبادة كالعتق للشيطان ونحوه فيكون في حقه مجرد اسقاط المالية ثم ثبت في ذلك سمع وهو ما في الصحيحين ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال يا رسول الله اني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام وفي رواية يوما فقال أوف بنذرك وفي حديث القسامة من الصحيحين قوله صلى الله عليه وسلم تبرئكم يهود بخمسين يمينا ولنا قوله تعالى انهم لا أيمان لهم وأما قوله بعده نكثوا أيمانهم فيعني صور الايمان التي أظهروها والحاصل لزوم تأويل إما في لا أيمان لهم كما قال الشافعي ان المراد لا ايفاء لهم بها أو في نكثوا أيمانهم على قول أبي حنيفة ان المراد ما هو صور الايمان دون حقيقتها الشرعية وترجح الثاني بالفقه وهو انا نعلم ان من كان أهلا لليمين يكون أهلا للكفارة وليس الكافر أهلا لها لانها انما شرعت عبادة يجبر بها ما ثبت من اثم الحنث ان كان أو ما وقع من اخلاف ما عقد عليه اسم الله تعالى اقامة لواجبه وليس الكافر أهلا لفعل عبادة وقولهم ايجاب المال والعتق يمكن تجريده عن معنى العبادة ليس بشيء لان ذلك في ايجاب المال والعتق من حيث هو ايجابهما والكلام في ايجابهما كفارة وايجابهما كفارة لا يقبل الفصل عما ذكرنا اذ لو فصل لم يكن كفارة لان ما شرع بصفة لا يثبت شرعا الا بتلك الصفة والا فهو شيء آخر وأما تحليف القاضي وقوله صلى الله عليه وسلم تبريكم يهود بخمسين يمينا فالمراد كما قلنا صور الايمان فان المقصود منها رجاء النكول والكافر وان لم يثبت في حقه شرعا اليمين الشرعي المستعقب لحكمه فهو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى وحرمة اليمين به كاذبا فيمتنع عنه فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع التزامه بصورتها لهذه الفائدة وما في الهداية من انه مع الكفر لا يكون معظما ليس بصحيح الا أن يريد تعظيما يقبل منه ويجازى عليه وأما قوله صلى الله عليه وسلم أوف بنذرك فالمشهور من مذهب الشافعي ان نذر الكافر لا يصح فالاستدلال به كاللجاج وهم يؤولونه انه أمره أن يفعل قربة مستأنفة في حال الاسلام لا على انه الواجب بالنذر دعا الى هذا العلم من الشرع ان الكافر ليس أهلا لقربة من القرب فليس أهلا لالتزامها ألا ترى انه لو فعلها لم تصح منه وتصحيح الالتزام ابتداء يراد لفعل نفس الملتزم لا لاضعاف العذاب وقول الطحاوي انه ليس متقربا الى الله تعالى بل الى ربه الذي يعبده من دون الله انما يستقيم في بعض الكفار وهم المشركون على تقدير قصده بنذره الذي أشرك به ففيه قصور عن محل النزاع (قوله ومن حرم على نفسه شيأ مما يملكه) كهذا الثوب على حرام أو هذا الطعام أو هذه الجارية أو الدابة (لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين) وليس ملكه شرط اللزوم حكم اليمين فانه جار في نحو كلام زيد على حرام ولو أريد بلفظ شيأ ما هو أعم من الفعل دخل نحو كلام زيد ولم يدخل نحو هذا الطعام على حرام لطعام لا يملكه لانه حرام عليه التصرف فيه مع انه يصير به حالفا حتى لو أكله حلالا أو حراما لزمته الكفارة والحاصل ان حرمته لا تمنع تحريمه حلفا ألا يرى الى قولهم لو حرم الخمر على نفسه فقال الخمر على حرام ان المختار للفتوى انه ان أراد به التحريم يعني الانشاء تجب الكفارة اذا شربها كأنه حلف لا أشرب الخمر وان أراد الاخبار أو لم يرد شيأ لا تجب الكفارة لانه أمكن تصحيحه إخبارا والمنقول فيه خلاف بين أبي يوسف وأبي حنيفة عند أحدهما يحنث مطلقا وعند الآخر لا يحنث من غير نظر الى نية ولو قال الخنزير على حرام فليس بيمين

قال (ومن حرم على نفسه شيأ مما يملكه) مثل أن يقول حرمت على نفسي ثوبي هذا أو طعامي هذا (لم يصر محرما لعينه وعليه ان استباحه) أي ان فعل شيأ مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة

وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد أمكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه

الآن يقول ان أكلته وقيل هو قياس الخمر وهو الوجه واعلم ان الظاهر من تحريم هذه الاعيان انصراف اليمين الى الفعل المقصود منها كما فى تحريم الشرع لها فى نحو حرمت عليكم أمهاتكم وحرمت الخمر والخنزير انه ينصرف الى النكاح والشرب والاكل ولذا قال فى الخلاصة لو قال هذا الثوب على حرام فلبسه حنث الا أن ينوى غيره وان قال ان أكلت هذا الطعام فهو على حرام فأكله لا يحنث وذكر فى المنتقى لو قال كل طعام آكله فى منزلك فهو على حرام ففى القياس لا يحنث اذا أكله هكذا روى ابن سماعة عن أبى يوسف وفى الاستحسان يحنث والناس يريدون بهذا ان أكله حرام انتهى وعلى هذا فيجب فى التى قبلها وهو قوله ان أكلت هذا فهو على حرام ان يحنث اذا أكله وكذا ما ذكر فى الحيل ان أكلت طعاما عندك أبدا فهو حرام فأكله لم يحنث ينبغى أن يكون جواب القياس ولو قال لقوم كلامكم على حرام أيهم كلم حنث وفى مجموع النوازل وكذا كلام فلان وفلان على حرام يحنث بكلام أحدهما وكذا كلام أهل بغداد وكذا أكل هذا الرغيف على حرام يحنث بأكل لقمة بخلاف مالو قال والله لا أكلمهم لا يحنث حتى يكلمهم وفى الخلاصة لو قال هذا الرغيف على حرام حنث بأكل لقمة وفى فتاوى قاضيخان قال مشايخنا رحمهم الله الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف على حرام بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث بأكل البعض وان قالت لزوجها أنت على حرام أو حرمتك يكون يمينا فلو جامعها طائعة أو مكرهة تحنث بخلاف مالو حلف لا يدخل هذه الدار فأدخل لا يحنث ولو قال لدراهم فى يده هذه الدراهم على حرام ان اشترى بها حنث وان تصدق بها أو وهبها لم يحنث بحكم العرف (قوله وقال الشافعى رحمه الله لا كفارة عليه) يعنى الا فى الجوارى والنساء وبه قال مالك لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين الا أن الشرع ورد به فى الجوارى والنساء فى معناها فيقتصر على مورده والاستدلال بعد هذا بقوله تعالى يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فبين سبحانه انه صلى الله عليه وسلم حرم شيأ سماه وحلال وانه فرض له تحلته فعبر عن ذلك بقوله تحلة أيمانكم وعلم انه سبحانه جعل تحريم ما أحل الله له يمينا فيها الكفارة غير مفيد لان الكلام الآن فى تخصيصه بمورده أو تعميمه أجيب بأن العبرة لعموم اللفظ وهو قوله ما أحل الله لك وقد يدفع بأن المراد به خصوص ماوقع تحريمه أى لم حرمت ما كان حلالا لك ولذا قال تبتغى مرضات أزواجك وابتغاء مرضاتهن لا يتعلق بعموم تحريم المباحات بل ببعض يسير بل الجواب انه كما وردانها أنزلت فى تحريم مارية وردانها أنزلت فى تحريم العسل فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها كان صلى الله عليه وسلم يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت أنا وحفصة على أن أيتنا ان دخل عليها فلتقل انى أجد منك ريح مغافير فدخل على احدانا فقالت له ذلك فقال لا بل شربت عسلا عند زينب ولن أعود اليه فنزلت يا أيها النبى لم تحرم وهذا أولى بالاعتبار لان راويه صاحبة القصة وفيه زيادة الصحة وحينئذ لا مانع من كون نزولها فى الامرين جميعا وقوله تعالى تبتغى مرضات أزواجك وان كان ظاهرا فى انها فى تحريم مارية لان مرضاتهن كان فى ذلك لا فى ترك العسل فلا شك انه أيضا فى ترك شربه عند الضرة فان قيل انه روى أنه قال والله لا أذوقه فلذلك سمى تحريما ولزمت التحلة أجيب بأنه لم يذكر فى الآية ولا فى الحديث الصحيح فلا يجوز أن يحكم به ويقيد به حكم النص واعلم ان الذى فى الحديث الصحيح هو قوله ولن أعود اليه ولا شك ان هذا ليس بيمين موجب للكفارة عند أحد فحيث ذكر الله تعالى ما يفيد ان

الواقع

(وقال الشافعى لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع) وقلب المشروع (لا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين) كعكسه وهو تحليل الحرام (ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة) فاما ان تثبت به حرمة لعينها وهو غير جائز لانه قلب المشروع كما ذكرتم أو لغيرها (باثبات موجب اليمين) وفيه إعمال اللفظ والمصير الى إعمال اللفظ عند الامكان واجب فيصار اليه وبهذا التقرير يندفع ما قيل ان بين قوله لم يصر محرما وبين قوله وعليه إن استباحه تنافيا لان الاستباحة انما تستعمل فيما اذا كان ثمة تحريم وقوله لم يصر محرما ينافيه وذلك لان قوله لم يصر محرما معناه محرما لعينه وقوله ان استباحه اشارة الى الحرمة لغيره وعورض بأن اليمين اما أن يذكر مقسم به وهو عند ذكر اسم من أسماء الله أو صفة من صفاته كما تقدم أو بأن يذكر شرط وجزاء وليس شئ منهما بموجود فكيف صار يمينا وأجيب بسقوطها بقوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم بعد قوله لم تحرم ما أحل الله لك فى تحريم العسل أو تحريم مارية أطلق الايمان على تحريم الحلال وفرض تحلة الايمان والرأى لا يعارض النصوص السمعية

ثم اذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه (ولو قال كل حل على حرام فهو على الطعام والشراب الا أن ينوى غير ذلك) والقياس أن يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رحمه الله تعالى وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق عن غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى

الواقع منه كان يمينا وجب الحكم بأنه كان منه صلى الله عليه وسلم مع ذلك القول قول آخر يروى فى تلك الرواية ثبت به اليمين فجاز كونه قوله والله لا أذوقه وجاز كونه لفظ التحريم الا أن لفظ حرم على نفسه ظاهر فى ارادة قال حرمت كذا ونحوه بخلاف الحلف على تركه وحاصل الوجه الذى اقتصر عليه المصنف وهو ان لفظه ينبئ عن اثبات الحرمة وقد أمكن إعماله باثبات حرمته أى حرمة ذلك الشئ لغيره وهو اليمين باثبات موجب اليمين وهو البر والاثم بفعله والكفارة ان فعله صونا للكلام عن الالغاء فضلا من الله عليه فهم المعنى المذكور النساء وغيرهن (قوله ثم اذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة) فى قوله وعليه ان استباحه كفارة يمين وبه عرف أن مراده بقوله لم يصر محرما عليه المحرم لنفسه والا لم يصح قوله استباحه وانما يحنث بالقليل والكثير (لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه) فيتناول جزء يلزمه الحنث وهذا بخلاف ما تقدم من قوله والله لا آكلهم وهذا الرغيف على حرام على ما نقل قاضيخان عن المشايخ (قوله ولو قال كل حلال على حرام فهو على الطعام والشراب الا أن ينوى غير ذلك) فاذا أكل أو شرب حنث ولا يحنث بجماع زوجته (والقياس أن يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه) كفتح العينين وتحريك الجفنين (وهو قول زفر) بناء على انعقاده على العموم كما هو ظاهر اللفظ (وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم) والظاهر انه لم يعقد للحنث ابتداء أى لا يكون الغرض من عقد اليمين الحنث فكان ذلك قرينة صارفة عن صرافة العموم (واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه) أى هذا اللفظ (يستعمل فيما يتناول عادة) وهو الطعام والشراب فظهر ان ما قيل انه تعذر الحمل على العموم فيحمل على أخص الخصوص لا يصح اذ ليس مجموع الطعام والشراب أخص الخصوص بل حمل على ما تعورف فيه اللفظ (ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم) فى غير الطعام والشراب مع صلاحية اللفظ فاذا نواها اتصلت النية بلفظ صالح فصح فيه دخولها فى الارادة بخلاف نحو اسقنى اذا أريد به الطلاق لا يقع لعدم الصلاحية فلو وقع كان بمجرد النية (واذا نواها كان ايلاء) لان الحلف (١) على قربانها ايلاء ولا ينصرف عن الطعام والشراب فأيهما فعل حنث واذا كان ايلاء فهو ايلاء مؤبد فان تركها أربعة أشهر بانت الى آخر أحكام الايلاء المؤبد (وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا) أى مشايخ بلخ كأبى بكر الاسكاف وأبى بكر ابن أبى سعيد والفقيه أبى جعفر (قالوا يقع به الطلاق منجزا لغلبة الاستعمال) فى الطلاق فينصرف اليه من غير نية وبه أخذ الفقيه أبو الليث قال المصنف وعليه الفتوى وقال البزدوى فى مبسوطه هكذا قال مشايخ سمرقند ولم يتضح لى عرف الناس فى هذا لان من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة ولو كان العرف مستفيضا فى ذلك لما استعمله الا ذو الحليلة فالصحيح ان يقيد الجواب فى هذا ويقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا فاما من غير دلالة فالاحتياط أن يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين واعلم ان مثل هذا اللفظ لم يتعارف فى ديارنا بل المتعارف فيه حرام على كلامك ونحوه كأكل كذا ولبسه دون الصيغة العامة وتعارفوا أيضا الحرام يلزمنى ولا شك فى أنهم يريدون الطلاق معلقا

(١) قوله على قربانها لعله على ترك قربانها أو على عدم قربانها حرر كتبه مصححه

(ولو قال كل حل على حرام فهو على الطعام والشراب الا أن ينوى غير ذلك والقياس أن يحنث كما فرغ) لان قوله هذا فى قوة أن يقال والله لا افعل فعلا حلالا وقد فعل فعلا حلالا وهو التنفس وفتح العينين فيحنث (وهو قول زفر وجه الاستحسان ان اليمين تعقد للبر وهو لا يحصل مع اعتبار العموم) لامتناع ان لا يتنفس وان لا يفتح العينين فيعلم بدلالة الحال عدم ارادة العموم فيصار الى أخص الخصوص وهو الطعام والشراب للعرف فان العادة جارية باستعماله فى المتناولات (و) اذا لم يكن العموم مرادا (لا يتناول المرأة الا بالنية واذا نواها كان ايلاء) لما بينا أن هذا الكلام يمين فيكون معناه والله لا أقربك وهو من صور الايلاء (وهذا جواب ظاهر الرواية ومشايخ بلخ) كأبى بكر الاسكاف وأبى بكر بن أبى سعيد والفقيه أبى جعفر وبعض مشايخ سمرقند قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى)

وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بردست راست كيرم بروى حرام أنه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف (ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء)

فانهم يذكرون بعده لا أفعل كذا أولا فعلن وهو مثل تعارفهم الطلاق بلزمني لا أفعل كذا فانه يراد به ان فعلت كذا فهي طالق ويجب امضاؤه عليهم وفي التتمة لو قال حلال الله على حرام أو قال حلال خداى وله امرأة ينصرف اليها من غير نية وعليه الفتوى وان لم يكن له امرأة يجب عليه الكفارة قال المصنف وكذا ينبغي في حلال بروى حرام للعرف يعني يقع به الطلاق على ما اختاره للفتوى (واختلفوا في قوله هرچه بردست راست كيرم بروى حرام انه هل يشترط النية أولا والاظهر أنه يجعل طلاقا من غير نية للعرف) قال في الخلاصة لا يصدق انه لم ينو ولو قال هرچه بدست راست كيرفته ام فهو بمنزلة قوله كيرم ولو قال هرچه بدست چپ كيرم في مجموع النوازل لا يكون طلاقا وان نوى ولو قال هرچه بدست راست كيرفتم لا يكون طلاقا لان العرف في قوله كيرم ولا عرف في قوله كيرفتم ولو قال هرچه بدست كيرم ولم يقل راست أو چپ فهو كقوله هرچه بدست كيرم والحاصل أن المعتبر في انصراف هذه الالفاظ عربية أو فارسية الى معنى بلا نية التعارف فيه فان لم يتعارف سئل عن نيته وفيما ينصرف بلا نية لو قال أردت غيره لا يصدقه القاضي وفيما بينه وبين الله تعالى هو مصدق (قوله ومن نذر نذرا مطلقا) أي غير معلق بشرط كأن يقول لله على صوم شهر أو حجة أو صدقة أو صلاة ركعتين ونحوهما مما هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها واجب (فعليه الوفاء بها) وهذه شروط لزوم النذر فخرج النذر بالوضوء لكل صلاة فانه لا يلزم لانه غير مقصود لنفسه وكذا النذر بعيادة المريض لانه ليس من جنسه واجب وأما كون المنذور معصية يمنع انعقاد النذر فيجب أن يكون معناه اذا كان حراما لعينه أو ليس فيه جهة القربة فان المذهب ان نذر صوم يوم العيد ينعقد ويجب الوفاء بصوم يوم غيره ولو صامه خرج عن العهدة ولنا فيه بحث ذكرناه في مختصر الاصول ومذهب أحمد رحمه الله فيه كفارة يمين عينا لحديث ورد فيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين رواه الترمذي بسند قال فيه صاحب التنقيح كلهم ثقات ومع ذلك فالحديث غير صحيح وبين علته وكذا قال الترمذي وقوله فعليه الوفاء به أي من حيث هو قربة لا بكل وصف التزمه به أو عين وهو خلافية زفر فلو نذر أن يتصدق بهذا الدرهم فتصدق بغيره عن نذره أو نذر التصدق في هذا اليوم فتصدق في غد أو نذر ان يتصدق على هذا الفقير فتصدق على غيره عن نذره أجزأه في ذلك خلافا لزفر له انه أتى بغير ما نذره ولنا أن لزوم ما التزمه باعتبار ما هو قربة لا باعتبارات أخر لا دخل لها في صيرورته قربة وقد أتى بالقربة الملتزمة وكذا اذا نذر ركعتين في المسجد الحرام فأداها في أقل شرفا منه أو فيما لا شرف له أجزأه خلافا لزفر وأفضل الاماكن المسجد الحرام ثم مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ثم مسجد بيت المقدس ثم الجامع ثم مسجد الحي ثم البيت له انه نذر بزيادة قربة فيلزمه قلنا عرف من الشرع ان التزامه ما هو قربة موجب ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بمكان بل انما عرف ذلك لله تعالى فلا يتعدى لزوم أصل القربة بالتزامه الى لزوم التخصيص بمكان فكان ملغى وبقي لازما بما هو قربة فان قلت من شروط النذر كونه بغير معصية فكيف قال أبو يوسف اذا نذر ركعتين بلا وضوء يصح نذره خلافا لمحمد فالجواب ان محمدا أهدره لذلك وأما أبو يوسف فانما صححه بوضوء لان التزام المشروط التزام الشرط فقوله بعد ذلك بغير وضوء لغو لا يؤثر ونظيره اذا نذرهما بلا قراءة ألزمناه ركعتين بقراءة أو نذر أن يصلي ركعة واحدة ألزمناه ركعتين أو ثلاثا ألزمناه بأربع وقال زفر لا يصح النذر في الاولين لان الصلاة بلا قراءة والركعة الواحدة غير قربة وفي الثالثة وهي ما اذا نذر بثلاث يلزمه ركعتان لانه التزم ركعة بعد الثنتين فصار كما اذا التزمها مفردة على قوله ولنا معنى ما قدمناه وهو ان

وقوله (وكذا ينبغي) ظاهر ولم يذكر ما لو قال هرچه بدست چپ كيرم بروى حرام فقد قيل لا يقع به الطلاق وان نوى ولو قال هرچه بدست كيرم كان طلاقا قيل يقع به الطلاق وان لم ينو وقيل لا يقع الا بالنية (قوله ومن نذر نذرا مطلقا) مثل ان يقول لله على صوم سنة ولم يعلقه بشيء فعليه الوفاء به

(لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط) سواء كان شرطا أراد كونه أو لم يرد (فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر ولا تنفعه كفارة اليمين (لاطلاق الحديث) فانه لم يفصل بين كون النذر مطلقا أو معلقا بشرط (ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده) ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم تجزه الكفارة فكذا ههنا (وعن أبي حنيفة رضي الله عنه انه رجع عنه) أي عن تعيين الوفاء بنفس النذر الى القول بالتخيير بين كفارة اليمين و بين الوفاء بذلك (وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلى حجة أو صوم شهر أو صدقة ما أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضا) حتى لو كان معسرا كان مخيرا بين أن يصوم ثلاثة أيام وان يصوم شهرا وهذا مروى عن أبي حنيفة في النوادر ووجهه ماروى في السنن مسندا الى عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كفارة النذر كفارة اليمين قالوا (هذا اذا كان شرطا لا يريد كونه) لان بين الحديثين كما ترى تعارضا فحملنا الحديث الاول على النذر المرسل وعلى مقيد أراد الحالف كونه والثاني على مقيد لا يريد كونه جمعا بين الآثار والمعنى الفقهي في ذلك أن في الشرط الذي لا يريد كونه كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين جميعا أما معنى النذر فظاهر وأما معنى اليمين فلانه قصد به المنع عن ايجاد الشرط (فيتخير و يميل الى أى الجهتين شاء) والتخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائز كالعبد اذا أذن له مولاه بالجمعة فانه مخير بين أداء الجمعة ركعتين و بين أداء الظهر أربعا والنذر واليمين معنيان مختلفان لان النذر قربة مقصودة واجب لعينه واليمين قربة مقصودة واجب لغيره وهو صيانة حرمة اسم الله تعالى (بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضى لانعدام معنى اليمين فيه) وهو المنع لان قصده اظهار الرغبة فيما جعله شرطا قال المصنف (وهذا التفصيل) أى الذى ذكرنا بين شرط لا يريد كونه وبين شرط يريده (هو الصحيح) وفيه نظر لانه ان أراد حصر الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح لانه غير ظاهر الرواية وان أراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل أحدهما على المرسل والآخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه وما لا يريده على أن فيه ايماء الى القصور في الذهاب الى ظاهر الرواية

لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى (وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه (الوفاء بنفس النذر) لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده (وعن أبي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلى حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رحمه الله) ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير و يميل الى أى الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضى لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح

الالتزام بشئ التزام بما لا صحة له الا به ولا صحة للصلاة بلا قراءة ولا للركعة الواحدة الا بضم الثانية فكان ملتزما القراءة والثانية واحتاج محمد الى الفرق بين التزام الصلاة بلا وضوء حيث أبطله والتزامها بلا قراءة حيث أجازه والفرق ان الصلاة بلا طهارة ليست عبادة أصلا و بلا قراءة تكون عبادة كصلاة الامى وهذه المسائل وان كانت تقدمت متفرقة الا أن هذا المكان محلها بالاصالة فلم أر اخلاءه منها نصيحة لدين رب العالمين (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى) وهذا دليل لزوم الوفاء بالمنذور وهو حديث غريب الا أنه مستغنى عنه فنفي لزوم المنذور الكتاب والسنة والاجماع قال تعالى وليوفوا نذورهم وصرح المصنف في كتاب الصوم بأن المنذور واجب للآية وتقدم الاعتراض بأنها توجب الافتراض القطعية والجواب بأنها مؤولة اذ خص منها النذر بالمعصية وما ليس من جنسه واجب فلم تكن قطعية الدلالة ومن السنة كثير منها حديث في البخارى من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه روته عائشة رضي الله عنها والاجماع على وجوب الايفاء به وبه استدل من قال من المتأخرين بافتراض الايفاء بالنذر ﴿فروع﴾ اذا نذر شهرا فاما بعينه كرجب وجب التتابع لكن لو أفطر يوما لا يلزمه الاستقبال كرمضان لو أفطر فيه يوما لا يلزمه الا قضاؤه كذا هذا وان بغير عينه كشهر ان شاء تابعه وان شاء فرقه وان شرط التتابع لزمه ولو التزم بالنذر أكثر مما يملكه لزمه ما يملكه هو المختار قال الطحاوى اذا أضاف النذر الى سائر المعاصى كلله على أن أقتل فلانا كان يمينا ولزمه الكفارة بالحنث ولله على أن أطعم المساكين يقع على عشرة عند أبي حنيفة لله على طعام مسكين لزمه نصف صاع حنطة استحسانا لله على أن أعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه أن يعتقها فان لم يعتقها أثم ولا يجبره القاضى قال ان برئت من مرضى فعلى شاة أذبحها أو ذبحت شاة لا يلزمه شئ ولو قال أذبحها وأتصدق بلحمها لزمه قال لله على أن أذبح جزورا فأتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز (قوله وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث) الذى رويناه من البخارى وغيره فانه أمر بذلك من غير تقييد

(قوله وان أراد حصرها فيه الخ) أقول فيه انه يجوز أن يراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض من حيث المعنى الفقهى

قال (ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا أنه لابد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين والله تعالى أعلم بالصواب

منجز ولا معلق ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فصار كأنه قال عند الشرط لله على كذا وعن أبي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه أي عن لزوم عين المنذور واذا كان معلقا بالشرط أي انه مخير بين فعله بعينه وكفارة يمين وهو قول محمد فاذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة ان شاء حج أو صام سنة وان شاء كفر فان كان فقيرا صار مخيرا بين صوم سنة وصوم ثلاثة أيام والاول وهو لزوم الوفاء به عينا هو المذكور في ظاهر الرواية والتخيير عن أبي حنيفة في النوادر وروى عن عبد العزيز بن خالد الترمذي قال خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على أبي حنيفة فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال قف فان من رأيي أن أرجع فلما رجعت من الحج اذا أبو حنيفة قد توفي فأخبرني الوليد بن أبان أنه رجع قبل موته بسبعة أيام وقال يتخير وبهذا كان يفتي اسمعيل الزاهد وقال الولوالجي مشايخ بلخ وبخارى يفتون بهذا وهو اختيار شمس الائمة قال لكثرة البلوى في هذا الزمان وجه الظاهر النصوص من الآية الكريمة والاحاديث ووجه رواية النوادر ما في صحيح مسلم من حديث عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم قال كفارة النذر كفارة اليمين فهذا يقتضي ان يسقط بالكفارة مطلقا فيتعارض فيحمل مطلق الايفاء بعينه على المنجز ومقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق ولا يشكل لان المعلق منتف في الحال فالنذر فيه معدوم فيصير كاليمين في أن سبب الايجاب وهو الحنث منتف حال التكلم فيلحق به بخلاف النذر المنجز لانه نذر ثابت في وقته فيعمل فيه حديث الايفاء واختار المصنف والمحققون ان المراد بالشرط الذي تجزئ فيه الكفارة الشرط الذي لا يريد كونه مثل دخول الدار وكلام فلان فانه اذا لم يرد كونه يعلم انه لم يرد كون المنذور حيث جعله مانعا من فعل ذلك الشرط لان تعليق النذر على ما لا يريد كونه بالضرورة يكون لمنع نفسه عنه فان الانسان لا يريد ايجاب العبادات دائما وان كانت مجلبة للثواب مخافة أن يثقل فيتعرض للعقاب ولهذا صح عنه صلى الله عليه وسلم انه نهى عن النذر وقال انه لا يأت بخير الحديث وأما الشرط الذي يريد كونه مثل قوله ان شفى الله مريضي أو قدم غائبي أو مات عدوي فلله على صوم شهر فوجد الشرط لا يجزيه الا فعل عين المنذور لانه اذا أراد كونه كان مريدا كون النذر فكان النذر في معنى المنجز فيندرج في حكمه وهو وجوب الايفاء به فصار محمل ما يقتضي الايفاء المنجز والمعلق المراد كونه ومحمل ما يقتضي إجزاء الكفارة المعلق الذي لا يراد كونه وهو المسمى عند طائفة من الفقهاء نذر اللجاج ومذهب أحمد فيه كهذا التفصيل الذي اختاره المصنف واستدل ابن الجوزي في التحقيق للاكتفاء في خصوص هذا النذر بحديث مسلم مع انه مطلق وليس هذا الا لما قلنا وهذا التقرير أولى مما قيل لان الشرط اذا لم يرد كونه كان في معنى اليمين فانها تعقد للمنع فأجزأ فيه الكفارة بخلاف الذي يريد كونه فانه ورد على هذا التقرير ان اليمين كما يكون للمنع يكون للحمل فلا يختص معناها بما لا يراد كونه فالفرق على هذا تحكم (قوله ومن حلف على يمين) أي على محلوف عليه (فقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه) وكذا اذا نذر وقال ان شاء الله متصلا لا يلزمه شئ قال محمد بلغنا ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وكذلك قال موسى عليه الصلاة والسلام ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعد مخلفا الوعد وتقدم في الطلاق وهو قول أكثر أهل العلم وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر لان الاشياء كلها بمشيئة الله تعالى فلا يتغير بذكره حكم وللجمهور قوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فلا حنث عليه رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي حديث حسن ولانه تعليق لمحلوف عليه بمشيئة الله تعالى أعني اذا قال والله لا أخرج اليوم

(ومن حلف على يمين) أي على مقسم عليه من فعل أو ترك (وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه) رواه ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وقوله عليه السلام (فقد بر في يمينه معناه لا يحنث أبدا) لعدم انعقاد اليمين (وقوله الا أنه لابد من الاتصال) استثناء من قوله فلا حنث عليه (لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين) فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص فان الحديث باطلاقه لا يفصل بين المنفصل والمتصل قلت الدلائل الدالة من النصوص وغيرها على لزوم العقود هي التي توجب الاتصال فان جواز الاستثناء منفصلا يفضي الى اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة وغيرهما من أن تكون ملزمة وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى وهذا التعليل يوافق تلك الادلة فيحمل حديث الاستثناء على الاتصال توفيقا بين الادلة وقد روي عن ابن عباس جواز الاستثناء منفصلا وفيه ما ذكرناه والله أعلم

لما كان انعقاد اليمين على فعل شئ أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الافعال الواردة فى اليمين فذكرها فى أبواب وقدم الدخول والسكنى على غيرهما من الاكل والشرب ونحوهما لان أول ما يحتاج اليه الانسان الذى يتحقق منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم يتوارد عليه سائر الافعال من الاكل والشرب وغيره واليه وقعت الاشارة فى قوله تعالى يا أيها الناس اعبدوا ربكم الذى خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون الذى جعل لكم الارض فراشا والسماء بناء الآية والدخول عبارة عن الانتقال من الظاهر الى الباطن والسكنى عبارة عن الكون فى مكان على سبيل الاستقرار مبيتا لاهله (قوله ومن حلف لا يدخل بيتا) ظاهر والبيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود (قوله لان البيت ما اعد للبيوتة وهذه البقاع ما أعدت لها) اعترض عليه بان الله سمى الكعبة بيتا قال الله تعالى ان أول بيت وضع للناس الآية وسمى المساجد بيوتا بقوله تعالى فى بيوت أذن الله الآية وأجيب بأن الايمان مبناها على العرف لا على الفاظ القرآن الاترى ان الله تعالى سمى بيت العنكبوت بيتا ومطلق اسم البيت فى اليمين لا يتناوله واستشكل بما قاله فى الفوائد الظهيرية اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت حنث وسيجيء الجواب ان شاء الله (وكذا اذا دخل دهليزا أو ظلة باب الدار) قال فى المغرب ظلة الباب هى السدة التى فوق الباب وقول المصنف (والظلة تكون على السكة) أراد بها الساباط الذى يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وانما لم يحنث لانه لا ينطلق عليه اسم البيت ولعدم البيتوتة فيه وكذلك اذا كان فوقه بناء الا أن مفتحها الى الطريق لا يحنث اذا كان عقد عينه على بيت شخص بعينه لانه ليس من جملة بيته (قوله وقيل اذا كان الدهليز) ظاهر

﴿ باب اليمين فى الدخول والسكنى ﴾

(ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث) لان البيت ما أعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها (وكذا اذا دخل دهليزا أو ظلة باب الدار) لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة

ان شاء الله فقد علق خروجه بمشيئة الله تعالى فاذا خرج لا يحنث فان المعنى ان شاء الله عدم الخروج لا أخرج فاذا خرج تبين انه تعالى لم يشأ عدم الخروج وهذا ينتقض على مالك رحمه الله فى اليمين بالله تعالى أما فى الطلاق فالكلام معه بحسب المعنى عسر فانه اذا قال أنت طالق ان شاء الله فالظاهر ان المعلق بالمشيئة هو أنت طالق ولا معنى له لانه قد شاء الله قوله وقوله أنت طالق هو الموجب للقطع بشرطه فلا يمكن اعدامه فلو جعل مصروفا الى الوقوع على معنى أنت طالق ان شاء الله وقوع طلاقك فبخلاف اللفظ ثم لا يجدى لانه قد شاء الله وقوع طلاقها اذ قد شاء تلفظه بأنت طالق غير معلق بشرط لما ذكرنا ان المعلق بالمشيئة ان كان لفظ أنت طالق فقد شاء حيث وجد فيوجد حكمه أو نفس الوقوع فقد شاءه حيث شاء علته وهو تلفظه وما فى الطلاق تقدم تضعيفه وهذا ما وعدناه فى الطلاق ثم شرط عمل الاستثناء فى الابطال الاتصال فلو انقطع بتنفس أو سعال ونحوه لا يضر

﴿ باب اليمين فى الدخول والسكنى ﴾

أراد بيان الافعال التى يحلف عليها فعلا فعلا فبدأ بفعل السكنى لان أول الافعال التى يحتاج اليها الانسان أن يحل مكانا ثم يفعل ما يحتاج اليه من اللبس والاكل وغيره وكل من الاكل والشرب وان كان من الضروريات لكن حاجة الحلول فى مكان ألزم للجسم من أكله ولبسه (قوله ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد أو الكنيسة) وهى متعبد اليهود أو البيعة وهى متعبد النصارى لم يحنث لان الاصل أن الايمان مبنية على العرف عندنا لا على الحقيقة اللغوية كما نقل عن الشافعى رحمه الله ولا على الاستعمال القرآنى كما عن مالك رحمه الله ولا على النية مطلقا كما عن أحمد رحمه الله لان المتكلم انما يتكلم بالكلام العرفى أعنى الالفاظ التى يراد بها معانيها التى وضعت لها فى العرف كما أن العربى حال كونه بين أهل اللغة انما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف الفاظ المتكلم الى ما عهد انه المراد بها ثم من المشايخ من جرى على هذا الاطلاق فحكم فى الفرع الذى ذكره صاحب الذخيرة والمرغينانى وهو ما اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت انه يحنث بأنه خطأ ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما اذا لم يمكن العمل بحقيقته ولا يخفى أن هذا يصير المعتبر الحقيقة اللغوية الا ما من الالفاظ ليس له وضع لغوى بل أحدثه أهل العرف وان ماله وضع لغوى ووضع عرفى يعتبر معناه اللغوى وان

﴿ باب اليمين فى الدخول والسكنى ﴾

(قوله لما كان انعقاد اليمين على فعل شئ أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الافعال الخ) أقول ويعلم منه التروك (قوله مبيتا لأهله) أقول احتراز عن السكون فى السوق على سبيل الاستقرار فانه لا يعد سكنى الا ان ما ذكره لا يشمل سكنى غير المتأهل فليتأمل (قوله وسيجىء الجواب الخ)

(وان دخل صفة حنث) لانها تبنى للبيتوتة فيها فى بعض الاوقات فصار كالشتوى والصيفى وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب مجرى على اطلاقه وهو الصحيح (ومن حلف لايدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لايدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث) لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت أشعار العرب بذلك

تكلم به متكلم من أهل العرف وهذا يهدم قاعدة حمل الايمان على العرف فانه لم يصر المعتبر الا اللغة الا ما تعذر وهذا بعيد اذ لاشك أن المتكلم لايتكلم الا بالعرف الذى به التخاطب سواء كان عرف اللغة ان كان من أهل اللغة أو غيرها ان كان من غيرها نعم ما وقع استعماله مشتركا بين أهل اللغة وأهل العرف تعتبر اللغة على أنها العرف فأما الفرع المذكور فالوجه فيه انه ان كان نواه فى عموم بيتا حنث وان لم يخطر له وجب أن لا يحنث لانصراف الكلام الى المتعارف عند اطلاق لفظ بيت وظهر أن مرادنا بانصراف الكلام الى العرف انه اذا لم يكن له نية كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفيا له وان كان له نية شئ واللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره اذا عرفنا هذا فالكعبة وان أطلق عليها بيت فى قوله تعالى ان أول بيت وضع للناس للذى ببكة وكذا المسجد فى قوله تعالى فى بيوت أذن الله أن ترفع وكذا بيت العنكبوت وبيت الحمام ولكن اذا أطلق البيت فى العرف فانما يراد به ما يبات فيه عادة فدخل الدهليز اذا كان كبيرا بحيث يبات فيه لان مثله يعتاد بيتوتة الضيوف فى بعض القرى وفى المدن يبيت فيه بعض الاتباع فى بعض الاوقات فيحنث والحاصل أن كل موضع اذا أغلق الباب صار داخلا لايمكنه الخروج من الدار وله سعة يصلح للمبيت مسقف يحنث بدخوله وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها أربع حوائط كما هى صفاف الكوفة أو ثلاثة على ما صححه المصنف بعد أن يكون مسقفا كما هى صفاف ديارنا لانه يبات فيه غاية الامر أن مفتحه واسع وكذا الظلة اذا كان معناها ما هو داخل الباب مسقفا بخلاف ما اذا كان ساباطا وهو ما على ظاهر الباب فى الشارع من سقف له جذوع أطرافها على جدار الباب وأطرافها الاخرى على جدار الجار المقابل له وسيأتى أن السقف ليس شرطا فى مسمى البيت فيحنث وان لم يكن الدهليز مسقفا (قوله ومن حلف لايدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لايدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان اسم الدار للعرصة عند العرب والعجم فيقال دار عامرة ودار غير عامرة فى العجم والعرب وقد شهدت أشعار العرب بذلك) قال نابغة ذبيان واسمه زياد بن معاوية

يا دارمية بالعلياء فالسند * أقوت وطال عليها سالف الأبد
وقفت فيها أصيلانا أسائلها * عيت جوابا وما بالربع من أحد
الا الاوارى لأيا ما أبينها * والنؤى كالحوض بالمظلومة الجلد

اذا كانت الدار بالعلياء فالسند وهو ارتفاع الجبل بحيث يسند اليه أى يصعد لم يضرها السيل وأقوت أقفرت وطال عليها سالف الابد بالباء السالف الماضى والابد الدهر أى طال عليها ماضى الزمان وهذا كناية عن خرابها واصيلانا تصغير جمع أصيل أصلان كبعير وبعران وهو عشية النهار وقد تبدل نونه لاما فيقال أصيلال وانما صغره للدلالة على قصر الوقت الذى وقف فيه للمساءلة وهذا السؤال توجع وتحسر وعيت جوابا عجزت يقال فى تعب البدن اعياء والفعل أعيا وفى كلال اللسان عى وروى فاضل قادما الى المدينة وهذا ظاهر

حازم القاضى انه هذه أشكلت على حتى دخلت الكوفة فرأيت صفافهم مبوبة فعلمت أن الايمان وضعها على تعارفهم (وقيل الجواب مجرى على اطلاقه) يعنى سواء كانت ذات حوائط أربعة أو ثلاثة (وهو الصحيح) دون الحمل على عرفهم لان البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد بنى للبيتوتة وهذا المعنى موجود فى الصفة الا أن مدخلها أوسع فيتناولها اسم البيت فيحنث (ومن حلف لايدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لايدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت أشعار العرب بذلك) فنها ما قال لبيد

عفت الديار محلها فمقامها
بمنى تأبد غولها فرجامها

عفا يعفو متعد ولازم وهنا لازم وتأبد المنزل أى اقفر فألفته الوحوش والغول والرجام موضعان يقول عفت ديار الاحباب ما كان منها للحلول وما كان منها للاقامة وهذه الديار كانت بمنى وقد توحشت الديار الغولية والرجامية وقال قائلهم

الدار دار وان زالت حوائطها * والبيت ليس ببيت بعد تهديم

وقوله (والبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر) لما ذكر في الاصول أن المحلوف عليه لابد وان يكون معلوما فاذا كان مشارا اليها كان المحلوف عليه معلوما فلا حاجة الى معرف بخلاف المنكر فانه لا معرف له سوى الوصف فيكون معتبرا واعترض بوجهين أحدهما ان الصفة لو كانت معتبرة في المنكر لما وقع المشتراة للموكل اذا وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة لانها غير موصوفة وهذا نقض اجمالي والثاني ان البناء لا يخلو اما أن يكون داخلا في المسمى أو لم يكن فان كان داخلا وجب ان لا يختلف الحال بالغيبة والحضور في الدخول كالعرصة فان لم يكن داخلا وجب ان لا يختلف الحال أيضا في عدم الدخول كما اذا حلف لا يكلم رجلا لا يتقيد عينه برجل قاعد عالم الى غير ذلك من الصفات الخارجة عنه وهذه معارضة وأجيب عن الاول بأن الدار في الوكالة تعرفت بوجه لان التوكيل بشرائها انما يصح عند بيان الثمن والمحلة وليست في اليمين كذلك فلا يلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة انعقاد اليمين بلا صفة وعن الثاني بان البناء صفة متعينة للدار لجاز أن يكون مرادا بحكم العرف لتعينه وفي الرجال التزاحم في الصفات ثابت من العلم والعقل والقدرة والصناعة والحسن والجمال وهذه الصفات باسرها تمتنع ارادتها عادة وليس البعض أولى من البعض في الارادة فتمتنع الارادة أصلا كذا في النهاية محالا على الفوائد الظهيرية وورد بأن البناء ضده الخراب فكان الدار محل تواردهما فكيف صار البناء صفة متعينة فهو في حيز النزاع وأقول في جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاصر لجواز أن يكون داخلا في المنكر لاحتياجه الى التعريف غير داخل في المعرف لاستغنائه عنه

أقول في باب اليمين في الاكل والشرب (قوله واعترض بوجهين أحدهما ان الصفة لو كانت معتبرة الخ) أقول أنت خبير بانه بعد تخصيص الكلام بالمحلوف عليه لا يرد الاعتراض الاول ثم أقول قال في الكافي فان قيل ما ذكرت (٣١) ان الصفة في المعين غير معتبرة لا يصح فانه لو حلف أن لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ان صار تمرا لا يحنث ولو كانت الصفة ملغاة يحنث قلنا الصفة في المعين لغو الا اذا كانت داعية الى اليمين كما في مسئلة الرطب فربما يضره أكل الرطب دون التمر وصفة كون الدار مبنية لا تدعو الى ترك الدخول فتعلقت اليمين بالاصل دون الوصف كما لو حلف أن لا يكلم هذا الصبي لم يتقيد بزمان صباه لان الصبا لا يدعو الى اليمين لانه داع الى المبرة والمرحمة والتلطف قولا وفعلا قال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفي ترك التكلم ترك الترحم فتعلقت اليمين بالذات دون الصفة كأنه قال لا أكلم هذا و بخلاف ما اذا حلف أن لا يأكل لحم هذا الحمل لان صفة الصغر هنا لا تدعو الى اليمين لان الممتنع منه أكثر امتناعا من لحم الكبش و بخلاف ما اذا حلف أن لا يكلم صبيا فكلم شيخا فانه لا يحنث لان الصفة في النكرة معتبرة اه فان قيل ايش يعني من كون الصفة داعية إن اردت صلوحها للدعوة فالبناء في الدار كذلك إما لوهاء في البناء أو ضيق أو معنى ببعضه الى ترك الدخول وان أردت حقيقة الدعوة فالرطب ليس كذلك لانه كما يضره فربما لا يضره أيضا ولذا ذكره بكلمة ربما في الكتاب فينبغي أن يحنث قلنا أصل البناء للدخول والعوارض المذكورة لا تعارض الاصل بخلاف الرطب هكذا قيل وعليك بالتأمل (قوله وأجيب عن الاول الخ) أقول جواب بمنع جريان الدليل اذ المراد بالمنكر في الدليل هو المنكر من كل وجه (قوله وعن الثاني بأن البناء صفة الخ) أقول جواب باختيار الشق الثاني ومنع وجوب عدم اختلاف الحال في عدم الدخول مستندا لجواز ارادته بحكم العرف لتعينه في غالب الاستعمال (قوله وورد بأن البناء ضده الخراب الخ) أقول كلام على السند الأخص مع أن البناء أصل في الدار قال في الكافي اسم الدار لا يقع على العرصة قبل البناء لكن اذا بنيت تسمى دارا وان انهدمت انتهى فالبناء صفة متعينة باصالته والخراب لا يزاحمه فليتأمل وفي الكافي أيضا الدار اسم لعرصة ادير عليها الحيطان ولا يزول ذلك برفع البناء انتهى وفي هامشه فاما العرصة قبل البناء لا تسمى دارا ألا ترى أن المفاوز والمزارع لا تسمى دارا (قوله وأقول في جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاصر لجواز أن يكون داخلا في المنكر لاحتياجه الى التعريف غير داخل في المعرف الخ) أقول لا يخفى عليك أن دخول معنى في المنكر مع خروجه في المعرف غير معهود بل المعهود هو عكسه

والبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر

المدينة ماشيا فقال له مولانا عيي أم أعيا فقال بل أعييت فوضع أعيت جوابا في البيت المذكور مكان عيت خلاف المعروف والاواري جمع آري وهي محابس الخيل ومرابطها واللأي البطء أي تبينى لها ببطء فاستلزم تعبا فمن فسر اللأي بالشدة فهو باللازم فان البطء في التبين لا يكون الا لتعب فيه والنؤي حاجز من تراب يجعل حول الخباء لمنع السيل من دخوله وما وقع في بعض المواضع انه حفيرة غلط وما عسى أن يبلغ عمق الحفيرة حتى تمنع السيل فانها لو كانت بئرا امتلأت في لحظة وفاضت وانما هو ما ذكرنا ولذا قال في البيت بعده

ردت عليه اقاصيه ولبده * ضرب الوليدة بالمسحاة في الثأد

(ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها يحنث) لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام (وان جعلت مسجدا أو حماما أو بستانا أو بيتا فدخله لم يحنث) لانه لم يبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه لانه لا يعود اسم الدارية

يعني ردت الوليدة وهي الامة الشابة ما تباعد من تراب النؤي بسبب تهدمه عليه بضرب المسحاة في الثاد وهي الارض الندية قال الاعلم وهو مصدر وصف به وأراد بالمظلومة الارض التي لم تمطر والجلد الصلبة فيكون النؤي والوتد أشد ثباتا فيها وقال امرؤ القيس

يا دار ماوية بالحائل * فالسهب فالخبتين من عاقل

صم صداها وعفا رسمها * واستعجمت عن منطق السائل

يريد أنها مقفرة لا أنيس بها فيسمع صوته ولا أحد يتكلم فيجيبه الصدى وهو الذي يسمى بابنة الجبل وقال امرؤ القيس

لمن طلل أبصرته فشجاني * كخط زبور في عسيب يماني

ديار لهند والرباب وفرتني * ليالينا بالنعف من بدلان

يريد أنها درست وخفيت الآثار كخفاء خط الكتاب ودقته اذا كان في عسيب يمان وكان أهل اليمن يكتبون عهودهم في عسيب النخل فهذه الاشعار وما لا يحصى كثرة تشهد بان اسم الدار العرصة ليس غير لان هؤلاء المتكلمين بهذه الاشعار لا يريدون بالاسم الا العرصة فقط فان هذه الديار التي ذكروها لم يكن فيها بناء أصلا بل هي عرصات منزولات انما يضعون فيها الاخبية لا أبنية الحجر والمدر فصح ان البناء وصف فيها غير لازم وانما اللازم فيها كونها قد نزلت غير انها في عرف أهل المدن لا يقال الا بعد البناء فيها ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل دار خراب فيكون هذا الوصف جزء المفهوم لها فاما اذا محيت الابنية بالكلية وعادت ساحة فالظاهر ان اطلاق اسم الدار في العرف عليها كهذه دار فلان مجاز باعتبار ما كان فالحقيقة أن يقال كانت دارا واذا عرف ذلك فاذا حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة بأن صارت لا بناء بها لا يحنث وهذا هو المراد فانه قال في مقابله فيما اذا حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما صارت صحراء حنث وانما تقع المقابلة بين المعين والمنكر في الحكم اذا تواردا حكمهما على محل فأما اذا دخل بعد ما زالت بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغي أن يحنث في المنكر الا أن يكون له نية وانما وقعت هذه المفارقة لان البناء وان كان وصفا فيها يعني معتبرا فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو لان ذاته تتعرف بالاشارة فوق ما تتعرف بالوصف وفي الغائب معتبر لانه المعرف له (قوله ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت دارا أخرى فدخلها حنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام ولو بنيت مسجدا أو حماما أو بستانا أو بنيت بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا) وكذا اذا غلب عليها الماء وجعلت نهرا فدخله لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد ما انهدم المبني ثانيا من الحمام وما معه لانه لا يعود اسم الدارية بياء مشددة وكذا اذا بنى دارا بعد ما انهدم ما بني ثانيا من الحمام ونحوه لانها غير تلك الدار التي منع نفسه من الدخول فيها ويرد على هذا التفصيل ان البناء ان كان جزء مفهوم الدار عرفا فعدم الحنث اذا زال في المنكر حق لكن ثبوت الحنث في المشار اليها بعد ما صارت صحراء مشكل لان كون الاشارة تعين الذات انما يقتضي تعين هذا البناء مع الساحة محلوفا عليه وقد انتفى ويقتضي أيضا انه لو دخلها بعد ما انهدمت وبنيت دارا أخرى لا يحنث لان هذا البناء الثاني ليس عين ذلك والحكم عندهم خلافه فان قيل الحلف اذا وقع على معين وقع على كل جزء فيحنث بوجود الجزء الواحد قلنا ممنوع بل على المجموع كما لو حلف لا يكلم زيدا وعمرا أو أهل الكوفة لا يحنث بكلام أحدهم وان لم يكن جزأ بل المعتبر كون العرصة بنيت أشكل عليه عدم الحنث في المنكر فيما اذا دخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء لوجود تمام المسمى

(ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها حنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا أو حماما أو بستانا أو بيتا فدخله لم يحنث) لاعتراض اسم آخر عليه ومن ضرورة حدوث هذا الاسم زوال ذلك الاسم واليمين قد انعقدت بما يسمى دارا ولم يبق وقوله (وكذا اذا دخل بعد انهدام الحمام) ظاهر

قال (وان حلف لايدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف حنث لبقاء الاسم) قال الله تعالى فتلك بيوتهم خاوية فى بيوت منهدمة السقوف (٣٣) (ولانه يبات فيه فكان السقف وصفا فيه وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام) وانه صار بيتا بسبب حادث واختلاف السبب يوجب اختلاف العين فلا يكون داخلا فى البيت المحلوف عليه فلا يحنث كذا فى الشروح (ومن حلف لايدخل هذه الدار فوقف على سطحها) بالصعود اليه من خارج (حنث لان السطح من الدار) لان الدار عبارة عما أحاط به الدائرة وهو حاصل فى علوها وسفلها (ألاترى أن المعتكف لايفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه ولا يظن أن السقف من البناء فيتوهم التناقض بين كلاميه لانه قال من قبل والبناء وصف فيها وقيل اذا وقف على السطح لايحنث فى عرفنا قال الفقيه أبو الليث فى النوازل ان كان الحالف من بلاد العجم لايحنث مالم يدخل الدار لان الناس لايعرفون ذلك دخولا فى الدار (وكذا اذا دخل دهليزها يحنث) ذكره القدورى مطلقا قال المصنف (ويجب أن يكون على التفصيل الذى تقدم) يعنى به قوله واذا أغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف قوله (وان وقف فى طاق الباب) ظاهر

(وان حلف لايدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث) لزوال اسم البيت لانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه (وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لم يحنث) لان الاسم لم يبق بعد الانهدام قال (ومن حلف لايدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث) لان السطح من الدار ألاترى ان المعتكف لايفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل فى عرفنا لايحنث وهو اختيار الفقيه أبى الليث قال (وكذا اذا دخل دهليزها) ويجب أن يكون على التفصيل الذى تقدم (وان وقف فى طاق الباب بحيث اذا أغلق الباب كان خارجا لم يحنث) لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار

(قوله واذا حلف لايدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث) لان اسم البيت قد زال بالانهدام لزوال مسماه وهو البناء الذى يبات فيه بخلاف الدار لانها تسمى دارا ولا بناء فيها فلو بقيت الحيطان وزال السقف حنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وهذا يفيدك أن ذكر السقف فى الدهليز من قوله وهو مسقف لاحاجة اليه لانه معتاد للبيتونة كما قدمنا والبيت لايلزم فى مفهومه السقف فقد يكون مسقفا وهو البيت الشتوى وغير مسقف وهو الصيفى (وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لايحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام) وهذا المبنى غير البيت الذى منع نفسه دخوله ولو حلف لايدخل بيتا فدخل بيت شعر أو فسطاطا ان كان من أهل البادية حنث والا لايحنث (قوله ومن حلف لايدخل هذه الدار فوقف على سطحها) من غير دخول من الباب بان طفر من سطح الى سطحها (حنث لان السطح من الدار ألا ترى ان المعتكف لايفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد) فلو عد السطح خارجا فسد وقد يقال المبنى مختلف فان الايمان مبنية على العرف فجاز كون بعض ما هو فى حكم المسجد خارجا فى العرف ألا ترى ان فناء المسجد له حكم المسجد فى بعض الاشياء حتى جاز اقتداء من فيه بمن فى المسجد ولا شك أنه خارج فالاقرب ما قيل الدار عبارة عما أحاطت به الدائرة وهذا حاصل فى علو الدار وسفلها وهذا يتم اذا كان السطح بحضير فلو لم يكن له حضير فليس هو الا فى هواء الدار فلا يحنث من حيث اللغة الا أن يكون عرف أنه يقال انه داخل الدار والحق أن السطح لاشك انه من الدار لانه من أجزائها حسا لكن لايلزم من القيام عليه أن يقال فى العرف دخل الدار بل لايتعلق لفظ دخل الا بجوف الدار حتى صح أن يقال لم يدخل الدار ولكن صعد السطح من خارج بحبل وهذا فى عرف من ليس من أهل اللسان فطابق عرف العجم ولو جمع بين قول المتقدمين والمتأخرين بأن يحمل جواب المتقدمين بالحنث على ما اذا كان للسطح حضير وجواب المتأخرين المعبر عنهم بقوله وقيل فى عرفنا يعنى عرف العجم على ما اذا لم يكن له حضير اتجه وهذا اعتقادى (قوله وقيل فى عرفنا لايحنث) أى بالوقوف على السطح وكذا لايحنث بالصعود على شجرة داخلها لانه لايسمى داخل الدار مالم يدخل جوفها وكذا اذا قام على حائط منها (قوله وكذا اذا دخل دهليزها) يعنى يحنث ويجب فيه التفصيل المتقدم وهو أن يكون له حوائط وهو مسقف وأنت علمت أن السقف ليس لازما فى مسمى البيت بل فى مسمى البيت الشتوى (قوله وان وقف فى طاق الباب وهو بحيث اذا أغلق الباب كان خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب فى الدار) ولو أدخل رأسه أو احدى رجليه أو حلف لايخرج فأخرج احداهما أو رأسه لم يحنث وبه قال الشافعى وأحمد ومالك رحمهم الله وقد كان صلى الله عليه وسلم يناول عائشة رأسه لتصلحه وهو معتكف فى المسجد وهى فى بيتها لان قيامه بالرجلين فلا يكون

(قوله وهو مسقف) أقول أنت خبير بانه لايشترط أن يكون مسقفا هنا صرح بذلك العلامة الزيلعى لان اسم الدار يتناوله بدونه وبدون البناء بخلاف البيت فكان ينبغى أن لايذكره الشارح

قال (ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل) استحسانا والقياس أن يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان أن الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل

باحداهما داخلا ولا خارجا وفي هذا خلاف فانه ذكر في الخلاصة لو قال لامرأته ان خرجت الا باذني فأنت طالق فقامت على أسكفة الباب وبعض قدمها بحال لو أغلق الباب كان ذلك المقدار داخلا وبعضه الباقي خارجا ان كان اعتمادها على النصف الخارج حنث وان كان على النصف الداخل أو عليهما لا يحنث قال وفي المحيط لو أدخل احدى رجليه لا يحنث وبه أخذ الشيخان الامامان شمسا الأئمة الحلواني والسرخسي هذا اذا كان يدخل قائما فأما اذا كان يدخل مستلقيا على ظهره أو بطنه أو جنبه فقد خرج حتى صار بعضه داخل الدار ان كان الاكثر داخل الدار يصير داخلا وان كان ساقاه خارجها ولو تناول بيده شيأ من داخل لا يحنث ﴿فروع﴾ حلف لا يدخل هذه الدار فأدخل مكرها أي محمولا لا يحنث فان أدخل وهو بحال لا يقدر على المنع لكن رضي بقلبه اختلفوا والاصح لا يحنث فلو خرج بعد دخوله مكرها أي محمولا ثم دخل هل يحنث اختلفوا قال السيد أبو شجاع لا يحنث وهكذا في شرح الطحاوي وقال القاضي الامام الاصح انه يحنث وسيأتي له تتمة ولو اشتد في المشي فوقع في الباب يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بيتا منها قد أشرع الى السكة حنث اذا كان أحد بابيه في السكة والآخر في الدار وكذا لو دخل في علوها على الطريق وله باب في الدار وكذا الكنيف اذا كان بابه في الدار ولو حلف لا يدخل بلخ أو مدينة كذا فعلى العمران بخلاف كورة بخارى أو رستاق كذا اذا دخل أرضها حنث والفتوى في زماننا ان كورة بخارى على العمران وعلى هذا القياس اذا حلف لا يدخل كورة مصر وهو بالشام فبدخول العريش يحنث وعلى الحمل على العمران لا يحنث حتى يدخلها ولو حلف لا يدخل بغداد فمر بها في سفينة بدجلة عند محمد يحنث وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى ولو حلف لا يدخل الفرات فدخلت سفينته في الفرات أو دخل جسرا لا يحنث ولو قال ان وضعت قدمي في دار فلان فكذا فوضع احدى رجليه فيها لا يحنث على جواب ظاهر الرواية لان وضع القدم هنا مجاز عن الدخول ولا يحنث في الحلف لا يدخل بوضع احدى رجليه ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فهدم ثم بني مسجدا فدخله يحنث كالدار ولو حلف لا يدخل سكة فلان فدخل مسجدا فيها ولم يدخلها لا يحنث في المختار قال في مجموع النوازل هذا اذا لم يكن للمسجد باب في السكة وكذا اذا دخل بيتا في طريق السكة ان كان له باب فيها حنث وان كان ظهره فيها وبابه في سكة أخرى لا يحنث هذا هو الصحيح ولو كان له بابان باب فيها وباب في غيرها حنث ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير بابها لا يحنث ولو كان لها باب حين حلف فجعل لها باب آخر فدخل منه حنث لان الحلف على باب منسوب اليها فيستوي القديم والحادث الا ان عين ذلك الباب في حلفه ولو نواه ولم يعينه في حلفه لا يدين في القضاء ولو حلف لا يدخل دارا فدخل قناة حتى صار تحتها ان كان لها مفتح في الدار ينتفع به بان يستقوا منه حنث اذا وصل هنالك وان كان لا ينتفعون به انما هو لاضاءة القناة لا يحنث ولو حلف لا يدخل هذا الفسطاط فقوض وضرب في مكان آخر فدخله حنث (قوله ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث) بالمكث فيها أياما وهو المراد بالقعود المذكور في الكتاب حتى يدخل بعد خروجه منها استحسانا والقياس أن يحنث بالمكث وان قصر لان الدوام له حكم ابتداء الدخول حتى صحت ارادته به أعني لو حلف لا يدخل هذه الدار ونوى به المكث والقرار فيها صح حتى لو دخل ابتداء لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى (وجه الاستحسان ان الدخول) حقيقة لغة وعرفا في الانفصال من الخارج الى الداخل ولا دوام لذلك فليس الدوام مفهومه ولا جزء مفهومه وكونه مما يصح أن يراد باللفظ مجازا لانه لازم للدخول عادة وان قل اذ كان الدخول يراد

وقوله (وجه الاستحسان) تقريره القول بالموجب يعني سلمنا أن للدوام حكم الابتداء لكن فيما له دوام والدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل وليس له دوام واطلاق الانتقال بدل الانفصال أولى لكونه حركة أينية تسمى نقلة

(قوله والدخول لا دوام له الى قوله واطلاق الانتقال بدل الانفصال أولى الخ) أقول بل ما ذكره المصنف أولى حيث يخرج عنه ما اذا وضع احدى رجليه في الداخل والأخرى في الخارج بخلاف ما قاله فليتأمل

(ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث) وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث وكذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا أن اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه (فان لبث على حاله ساعة حنث) لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث أمثالها ألا يرى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه

للمكث لا يقتضي الحنث به لان اليمين لا تنعقد على المعنى المجازي للفظ بل الحقيقي وكذا لو كان حلف ليدخلنها غدا وهو فيها فمكث حتى مضى الغد حنث لانه لم يدخلها فيه اذ لم يخرج ولو نوى بالدخول الاقامة فيه لم يحنث وعلى هذا قد يقال ليس هنا قياس في مقابلة الاستحسان فان القياس الكائن في مقابلته هو ما يتبادر ويتسارع الى الذهن ولا يتسارع لاحد من لفظ أدخل معنى استمر مقيما فيقضى العجب من زفر بقوله بالحنث وهذه المسئلة عليها الأئمة الاربعة الا في وجه عند الشافعية كقول زفر ونظير المسئلة حلف لا يخرج وهو خارج لا يحنث حتى يدخل ثم يخرج وكذا لا يتزوج وهو متزوج ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام النكاح والطهارة لا يحنث بخلاف المسائل التي ذكرها بقوله لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه وكذا لا يركب هذه الدابة وهو راكبها أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فمكث قليلا حنث فلو نزع الثوب من ساعته أو نزل أو أخذ في النقلة لم يحنث خلافا لزفر أما الاول وهو الحنث بمكثه فلان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث أمثالها ولهذا لو قال لها كلما ركبت دابة فأنت طالق وهي راكبة فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت فان مكثت ساعة أخرى كذلك طلقت أخرى بخلاف ما لو قال كلما ركبت دابة فركب لزمه طلقة واحدة وان طال مكثه لان لفظ ركبت اذا لم يكن الحالف راكبا يراد به انشاء الركوب فلا يحنث بالاستمرار وان كان له حكم الابتداء بخلاف حلف الراكب لا اركب فانه يراد به الاعم من ابتداء الفعل وما في حكمه عرفا واستوضح على ان هذه الافعال لها دوام بتجدد أمثالها بقوله ألا يرى انه يضرب لها مدة فيقال ركبت يوما ولبست يوما وسكنت شهرا بخلاف الدخول فانه لا يقال دخلت يوما بمعنى ضرب المدة والتوقيت لنفس الدخول بل يقال في مجاري الكلام دخلت عليه يوما مرادا به إما مجرد بيان الظرفية لا التقدير وإما مطلق الوقت اذ كان لا يمتد فيراد به ما يعم النهار والليل وذلك أعني عدم ضرب المدة تقديرا للدخول دليل انه ليس فيه تجدد أمثال يصير به متكررا فيحنث بحدوث المتكررات فلا يحنث الا بابتداء الفعل الا أن ينوي به البقاء وهذه على عكسه ينعقد بمقتضى مطلق اللفظ على الاعم من الابتداء والبقاء وأما الابتداء فقط فيحتمله حتى لو أراد بقوله لا أسكن وأركب وألبس ابتداء الفعل فقط صدق لانه محتمل كلامه فلا يحنث باستمراره ساكنا وراكبا وفرع بعض أهل العلم على كون هذه لها تجدد أمثال يصير بها في معنى الابتداء انه لو حلف وهو لابس ليلبس هذا الثوب غدا واستمر لابسه حتى مضى الغد لا يحنث بمنزلة ما لو نزعه ثم لبسه في الغد ثم انه انما يحنث بتأخير ساعة اذا أمكنه النقل فيها فأما اذا لم يقدر بأن كان بعذر الليل وخوف اللص أو منع ذي السلطان أو عدم موضع ينتقل اليه حينئذ أو أغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه أو كان شريفا أو ضعيفا لا يقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لا يحنث ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر وأورد ما ذكر الفضلي فيمن قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فهي طالق فقيد أو منع من الخروج حنث وكذا اذا قال

وقوله (ولو حلف لا يلبس هذا الثوب) ظاهر وقول زفر قياس وقولهم استحسان وحاصل كلامه أن الافعال على ضربين ضرب يقبل الامتداد وضرب لا يقبله والفاصل بينهما قبول التأقيت وعدمه فما قبل التأقيت قبل الامتداد وما لا فلا والاستدامة على الممتد بمنزلة الانشاء قال الله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين أي فلا تمكث قاعدا لانه صلى الله عليه وسلم كان يعظ الناس قاعدا وعلى هذا قالوا اذا قال لها كلما ركبت فأنت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت وان مكثت مثلها طلقت أخرى لان للدوام حكم الابتداء وكلمة كلما تعم الافعال فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط ونوقض بما لو قال كلما ركبت دابة فعلي أن أتصدق بدرهم فركب دابة فعليه درهم وان طال مكثه في الركوب ولو كان ما ذكرتم صحيحا للزمه أكثر من ذلك وأجيب بأن الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الانشاء اذا لم يكن الانشاء الخالص مرادا ولهذا قلنا في هذا الفصل اذا كان راكبا وقت اليمين لزمه في كل وقت يمكنه النزول والركوب درهم لكون الانشاء الخالص غير مراد وانما قال بمعنى المدة والتوقيت احترازا عما يقال في مجاري كلامهم دخلت يوما وخرجت يوما ولكن لا بمعنى المدة والتوقيت وقوله (ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه) سماه محتملا وان كان قوله لا يركب حقيقة في الابتداء لانه حقيقة فيه اذا لم يكن راكبا وأما اذا كان راكبا فالابتداء من محتملاته

قال المصنف (ولنا أن اليمين تعقد للبر ويستثنى منه زمان تحقيقه) أقول قوله منه أي من اليمين على تأويل الحلف فتركت الحقيقة بدلالة معنى يرجع الى المتكلم وقوله (زمان تحقيقه) يعني زمان النزع والنزول والنقلة

قال (ومن حلف لايسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث) لانه يعد ساكنها ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقى عامة نهاره فى السوق و يقول أسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روى عن أبى يوسف رحمه الله لانه لايعد ساكنا فى الذى انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر فى الصحيح من الجواب

لامرأته وهى فى منزل أبيها ان لم تحضرى الليلة منزلى فطالق فمنعها أبوها حنث أجيب بالفرق بين كون المحلوف عليه عدما فيحنث بتحققه كيفما كان لان العدم لا يتوقف على الاختيار وكونه فعلا فيتوقف عليه كالسكنى لان المعقود عليه الاختيارى و ينعدم بعدمه فيصير مسكنا الا ساكنا فلم يتحقق شرط الحنث وسنذكره فى فروع ونوضح الوجه بأتم ان شاء الله وكذا لو بقى أياما فى طلب مسكن وترك الامتعة والاهل فى هذه الايام لا يحنث فى الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل وصار مدة الطلب مستثناة اذا لم يفرط فى الطلب وهذا اذا خرج من ساعته فى طلب المنزل ولو أخذ فى النقلة شيأ فشيأ فان كانت النقلات لا تفتر لا يحنث ولو أمكنه أن يستأجر من ينقل متاعه فى يوم ليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل بأسرع الوجوه بل بقدر ما يسمى ناقلا فى العرف وأما الثانى فوجه قول زفر رحمه الله ان الحنث قد وجد بما وجد من القدر اليسير من السكنى والركوب واللبس ولنا ان اليمين تعقد للبر لا للحنث ابتداء وان وجب الحنث فى بعض الاوقات واذا كان المقصود من اليمين وضعا البر وجب استثناء مقدار ما يحققه من الزمان وهو قدر ما يمكنه فيه النزول والنقلة والنزع (قوله ومن حلف لايسكن هذه الدار فخرج هو وترك متاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع حنث) وهذه المسئلة فرع التى قبلها لما كان بالاخذ فى النقلة من ساعته يبر ذكر معنى النقلة التى بها يتحقق البر فبين أنه لابد فى كونه منتقلا من الدار من نقل الاهل والمال وكذا الحلف على أن لايسكن فى هذه المحلة أو السكة لو خرج بنفسه عازما على عدم العود أبدا حنث وان خرج على عزم أن يرسل من ينقلهم لانه يعد المتأهل ساكنا بمحل سكنى أهله وماله عرفا واستشهد للعرف بان السوقى عامة نهاره فى السوق بحيث لا يخرج عنه الا ليلا أو بعض الليل أيضا و يقول أنا ساكن فى محلة كذا وذلك لقرار أهله وماله بها وبهذا القول قال أحمد ومالك وعند الشافعى لا يحنث اذا خرج بنية التحويل قيل وهذا الخلاف بيننا وبينه مبنى على أن العبرة عنده لحقيقة اللفظ ولا تعتبر العادة بخلافها وهو اذا خرج بنية عدم العود فقد انتقل اذ لا شك فى انه بنفسه انتقل وعندنا العبرة للعادة لطروها على الحقيقة والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه والعادة أن من كان أهله بمكان ببلدة هو بها فهو ساكن فيه عملا بالعرف فينبنى اللفظ عليه وهذا اذا كان الحالف مستقلا بسكناه قائما على عياله فان كان سكناه تبعا كابن كبير ساكن مع أبيه أو امرأة مع زوجها فلو حلف أحدهما لا يسكن هذه فخرج بنفسه وترك أهله وماله وهى زوجها ومالها لا يحنث وقيده الفقيه أبو الليث أيضا بأن يكون حلف بالعربية فلو عقد بالفارسية لا يحنث اذا خرج بنفسه وترك أهله وماله وان كان مستقلا بسكناه نعم لقائل أن ينظر فيما استشهد به للعرف وذلك ان السوقى انما يقول أنا ساكن فى محلة كذا وهو على نية العود فلا يكون دليلا على ثبوت السكنى فيما اذا خرج عازما على عدم العود كما هى صورة المسئلة فالوجه ترك خصوص هذا الشاهد و يدعى ان العرف على أنه ساكن مالم ينقل أهله وماله حتى انه يقال بعد خروجه كذلك فلان يريد أن ينتقل عن مسكنه ولكن لم ينتقل بعد (قوله ولو كان اليمين على المصر الى آخره) ما تقدم كان فيما اذا حلف لايسكن هذه الدار ومثله البيت والسكة والمحلة وهى تسمى فى عرفنا الحارة فلو كان حلف لا يسكن هذا المصر أو هذه المدينة قال لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى نقله الفقيه أبو الليث عن أمالى أبى يوسف رحمه الله لانه لا يعد ساكنا فى المصر الذى انتقل عنه بنفسه وان ترك أهله وماله عرفا فلا يقال لمن أهله بالبصرة وماله وهو بنفسه قاطن بالكوفة هو ساكن بالبصرة (والقرية بمنزلة المصر فى الصحيح من الجواب) فلو حلف لايسكن هذه القرية

وقوله (ومن حلف لايسكن هذه الدار) يعنى وهو متأهل بدليل قوله فخرج ومتاعه وأهله فيها وفيه اشارة الى انه لو لم يكن متأهلا بل هو ممن يعوله غيره فخرج بنفسه لم يحنث والمتأهل اذا حلف فاما ان حلف على الدار أو المصر أو القرية فان كان الاول فلا بد من نقل أهله ومتاعه وان كان الثانى يكتفى بنقله الى مصر آخر على ماروى عن أبى يوسف وان كان الثالث فقد اختلف المشايخ فيه حملها بعضهم على الدار وبعضهم على المصر وهو الصحيح والحاكم فى ذلك العرف ليس الا

(قوله فخرج بنفسه) أقول وترك المتاع

ثم اختلفوا في كيفية النقل على ماذكر في الكتاب واعترض على قول أبي حنيفة بأن سكناه كان بجميع ما كان معه من الاهل والمتاع فاذا أخرج بعضه انتفى سكناه لان الكل ينتفي بانتفاء البعض وأجيب بأن الكل ينتفي بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري وماذكرتم ليس كذلك (وينبغي أن ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر) وقال في الشافي ان لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل أو بمنع ذي سلطان أو عدم موضع آخر ينتقل اليه لم يحنث لان حالة الضرورة مستثناة خلافا لزفر وكذلك لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة أو كان شريفا أو ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد أحدا ينقلها لم يحنث حتى يجد من ينقلها ويلحق الموجود بالمعدوم للعذار ونوقض بما ذكره الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل ان من قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج يحنث وكذا لو قال لامرأته وهي في منزل والدها ان لم تحضري الليلة منزلي فأنت طالق فمنعها الوالد عن الحضور حنث وأجيب بأن في مسئلة الكتاب شرط الحنث السكنى وانه فعل وجودي لا يحصل بدون الاختيار ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة وأما في صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج والعدم لا يحتاج الى اختيار (فان انتقل الى السكة أو المسجد قالوا لا يبر) وقيل يبر لانه لم يبق ساكنا ودليل الاول ماذكرناه في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلاة كذا هذا وصورته كوفي نقل عياله الى مكة ليستوطن بها فلما دخلها وتوطن بها بدا له أن يرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي بها ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له في الطريق قبل أن يدخل مكة أن لا يستوطن مكة ويرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي بالكوفة أربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر فكذا هذا وفي بعض الشراح قوله قالوا لا يبر معناه اذا لم يكن في طلب مسكن آخر أما اذا كان وبقي على ذلك أياما فلا يحنث في الصحيح وان لم ينتقل الى السكة أو المسجد لانه لا يمكنه طرح الامتعة في السكة فيصير ذلك القدر مستثنى للضرورة والله أعلم

ثم قال أبو حنيفة رحمه الله لابد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال أبو يوسف رحمة الله تعالى عليه يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رحمة الله تعالى عليه يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس وينبغي أن ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فان انتقل الى السكة أو الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلاة كذا هذا والله تعالى أعلم بالصواب

أو البلدة وهي قرية فانتقل الى قرية أخرى وترك أهله وماله في الاولى لا يحنث وقوله في الصحيح احتراز عمن قال هي كما لو حلف لا يسكن الدار فيحنث (قوله ثم قال أبو حنيفة لابد) في كونه انتقل من الدار وماشاكلها مما ذكرنا (من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد ونحوه يحنث لان السكنى من الحالف تثبت بالكل فتبقى ما بقي منه شيء) في المبسوط وهذا أصل لابي حنيفة حتى جعل صفة السكون في العصير مانعا من أن يكون خمرا وبقاء مسلم واحد منا في بلدة ارتد أهلها مانعا من أن تصير دار حرب الآن مشايخنا قالوا هذا اذا كان الباقي يتأتى به السكنى وأما بقاء مكنسة أو وتد أو قطعة حصير لا يبقى فيها ساكنا فلا يحنث وحقيقة وجه دفعه ان قوله السكنى تثبت بالكل ان أراد أن مجموع الكل هو العلة في سكناه مع انقطاع نفسه الى القرار في المكان منعناه والا لزم انه لو سرق بعض تلك الامتعة انتفت السكنى فعلم ان السكنى تثبت مع الكل باتفاق الحال فانما هي منوطة في العرف بقراره على وجه الانقطاع اليه مع ما يتأتى به دفع الحاجات الكائنة في السكنى فكانت السكنى ثابتة مع الكل وبدون الكل على أن الكلام هنا باعتبار العرف والعرف يعد من خرج لا يريد العود ونقل أهله وبعض ماله يريد أن ينقله بعد ذلك أو تركه لتفاهته وعدم الالتفات اليه تاركا لسكنى ذلك المكان (وقال أبو يوسف يعتبر في البر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر) بان يغفل عن شيء كابرة في شق حائط أو يتعسر (وقال محمد يعتبر في البر نقل ما يقوم به كدخدائيته) أي سكناه فيما انتقل اليه (لان ما وراءه ذلك ليس من السكنى) اذ ليس من حاجتها قال المصنف رحمه الله (قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس في نفي الحنث) عنهم ومنهم من صرح بأن الفتوى عليه وكثير منهم كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافي على أن الفتوى على قول أبي يوسف ولا شك أن المدار هنا ليس على نقل الكل ليقوم الاكثر مقامه بل على العرف في انه ساكن أولا والحق أن من خرج على نية ترك المكان وعدم العود اليه ونقل من أمتعته فيه ما يقوم به أمر سكناه وهو على نية نقل الباقي يقال ليس ساكنا في هذا المكان بل انتقل عنه وسكن في المكان الفلاني وهذا الخلاف في نقل الامتعة أما الاهل فلابد في البر من نقلهم كلهم اتفاقا (قوله وينبغي أن ينتقل الى منزل آخر حتى يبر)

(قوله بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري) أقول كالقراءة في الصلاة (قوله بعذر الليل) أقول اذا كانت اليمين في جوف الليل (قوله أو بمنع ذي سلطان الخ) أقول فيه بحث لمخالفته لما مر من قوله ومن فعل المحلوف عليه ناسيا أو مكرها فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط فتأمل في جوابه (قوله ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر) أقول منقوض بفعل المغمى عليه وقد سبق انه يحنث (قوله شرط الحنث السكنى وانه فعل وجودي) أقول لان السكنى هي السكون على ما مر والا كون بديهية الوجود عند المتكلمين

﴿باب اليمين فى الخروج والاتيان والركوب وغيرذلك﴾

قال (ومن حلف لايخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فأخرجه حنث) لان فعل المأمور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت (ولو أخرجه مكرها لم يحنث) لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر (ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث) فى الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا قال (ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث) لان الموجود خروج مستثنى والمضى بعد ذلك ليس بخروج

بالاتفاق فانه لو انتقل الى السكة أو المسجد لم يبر بالاتفاق فانهم اختلفوا قيل يحنث وعليه اقتصر نقل المصنف استدلالا بما فى الزيادات كوفى نقل عياله الى مكة ليتوطن فلما توطن بمكة بداله أن يرجع الى خراسان فمر بالكوفة يصلى بها ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بداله فى الطريق قبل أن يدخل الى مكة صلى بالكوفة ما را عليها أربعا لان وطنه الأول بالكوفة قائم مالم يتخذ وطنا آخر فكذا هنا يبقى وطنه الاول مالم يتخذ وطنا آخر وقيل لايحنث لانه لم يبق ساكنا وقال أبو الليث ان سلم داره باجارة أورد المستأجرة الى المؤاجر لا يحنث وان لم يتخذ دارا أخرى واطلاق عدم الحنث أوجه وكون وطنه باقيا فى حق اتمام الصلاة مالم يستوطن غيره لايستلزم تسميته ساكنا عرفا ذلك المكان بل يقطع من العرف فمن نقل أهله وأمتعته وخرج مسافرا أن لا يقال فيه انه ساكن فى تلك الحال بل يقال فيه حال السفر انتقل عن سكنى هذا المكان وهو قاصد سكنى كذا واذا لم يتحرر له قصد مكان معين قيل هو الآن غير ساكن فى مكان حتى ينظر أين يسكن واذا ثبت نفى تلك السكنى ثبت البر والله تعالى أعلم

﴿باب اليمين فى الخروج والاتيان والركوب﴾

الخروج مقابل للدخول فناسب اعقابه به ويعقب الخروج الركوب ثم الرجوع وهو الاتيان فلما ارتبطت أوردها فى باب الخروج (قوله ومن حلف لايخرج من المسجد) أو الدار أو البيت أو غير ذلك فامر انسانا فحمله فأخرجه حنث لان فعل المأمور مضاف الى الآمر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به فانه يحنث لان فعل الدابة مضاف اليه كذا هذا ولو أخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل وهو الخروج لم ينتقل الى الحالف لعدم الامر وهو الموجب للنقل والمراد من الاخراج مكرها هنا أن يحمله ويخرجه كارها لذلك لا الاكراه المعروف وهو أن يتوعده حتى يفعل فانه اذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف أن الاكراه لايعدم الفعل عندنا ونظيره مالو حلف لا يأكل هذا الطعام فأكره عليه حتى أكله حنث ولو أوجر فى حلقه لايحنث ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث فى الصحيح وقيل يحنث لانه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر وجه الصحيح أن الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ولم يوجد الامر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل اليه ولو قيل قصر الانتقال على الآمر محل النزاع لان من يقول يحنث يجعل الرضا أيضا ناقلا دفع بفرع اتفاقى وهو ما اذا أمره أن يتلف ماله ففعل لايضمن المتلف لانتساب الاتلاف اليه بالامر فلو أتلفه وهو ساكت ينظر فلم ينهه ضمن من غير تفصيل لاحد بين كونه راضيا أولا ثم اذا لم يحنث باخراجه محمولا لانسان أو بهبوب ريح حملته هل تنحل اليمين قال السيد أبو شجاع تنحل وهو أرفق بالناس وقال غيره من المشايخ لاتنحل وهو الصحيح ذكره التمرتاشى وقاضيخان وذلك لانه انما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل اليه واذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فبقيت على حالها فى الذمة ويظهر أثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الاخراج هل يحنث فمن قال انحلت قال لايحنث وهذا بيان كونه أرفق بالناس ومن قال لم تنحل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح (قوله ومن حلف لايخرج من داره الا الى جنازة) ونحوه فخرج الى جنازة ثم ذهب الى حاجات له أخرى لم يحنث لان الخروج

ذكر الخروج ههنا ظاهر التناسب لان له مناسبة المضادة بالدخول وأما الاتيان والركوب فمما يتحقق بعد الخروج فاستصحبهما ذكر الخروج قوله (ومن حلف لايخرج من المسجد) ظاهر وكذلك الحكم فى الدار والبيت وقوله (ولو أخرجه مكرها) صورته أن يحمله انسان فيخرجه مكرها لانه حينئذ لم يوجد منه الفعل لاحقيقة ولا حكما وأما اذا هدده غيره فخرج خوفا من المكره فانه يحنث لوجود الفعل منه ثم هل تنحل اليمين اذا حمل مكرها قيل تنحل كما لو حلف لايدخل دار فلان فهبت به الريح وألقته فيها لم يحنث وانحلت اليمين وقيل لا تنحل وهو الصحيح وقوله (فى الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ فانهم قالوا انه يحنث لما انه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالآمر بالاخراج وقوله (والمضى بعد ذلك ليس بخروج) يعنى أن الخروج عبارة عن الانتقال من الداخل الى الخارج ولم يوجد

﴿باب اليمين فى الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك﴾

(قوله وقيل لاتنحل الخ) أقول لو حلف لا أشرب الخمر فصبت فى حلقه اكراها هل تنحل يمينه حتى لو شرب بعده طوعا هل يحنث ينبغى أن يكون على هذا الخلاف والمذكور فى الفتاوى انه يحنث

(ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث) لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج (ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها) لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل هو كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال (وان حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته) لان البر قبل ذلك مرجو (ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ أمر لا يقدر على اتيانه فلم يأته حنث وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى) وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل وتصح قضاء أيضا لما بينا وقيل لا تصح لانه خلاف الظاهر

الموجود منه الى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه والمضي بعد ذلك ليس بخروج لانه ليس الا الانفصال من الباطن الى الظاهر والذهاب ليس كذلك (قوله ولو حلف لا يخرج الى مكة) أو دار فلان فخرج مريدا مكة أو دار فلان ثم بدا له فرجع قبل أن يصل حنث وهذا لان الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف على عدمه فيحنث به رجع أو لم يرجع ومقتضى هذا أن يحنث اذا رجع وان لم يجاوز عمران مصره وقد قالوا انما يحنث اذا جاوز عمرانه على قصدها كأنه ضمن لفظ أخرج معنى أسافر للعلم بأن المضي اليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي أن يحنث بمجرد انفصاله من الداخل (قوله ولو حلف لا يأتيها) فخرج بقصدها (لم يحنث حتى يدخلها لان الاتيان عبارة عن الوصول قال تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان) فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير قال تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الوصول اليه وتبليغه الرسالة (وقيل الذهاب كالخروج) وهو قول محمد بن سلمة واختاره فخر الاسلام قال المصنف (وهو الاصح) قال تعالى ليذهب عنكم الرجس أي يزيله فبمجرد تحقق الزوال تحقق الحنث وكونه استعمل مرادا به الوصول في اذهبا الى فرعون لا يدل على انه لازم في استعماله غاية الامر أن يكون صادقا مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول فلا يتعين أحدهما المتحقق المسمى بمجرد الانفصال وهذا اذا لم ينو بالذهاب شيأ ولو نوى به الخروج أو الاتيان صحت نيته ثم في الخروج والذهاب اليه يشترط للحنث الخروج عن قصد وفي الاتيان اليه لا يشترط القصد للحنث بل اذا وصل اليه حنث قصد أو لم يقصد كذا في جامع قاضيخان والفوائد الظهيرية (قوله وان حلف ليأتين البصرة) هذا ونحوه من الافعال المستقبلة اذا حلف على أن يفعلها في المستقبل فاما ان يطلقها أو يؤقتها بوقت مثل لأفعلن غدا أو فيما بيني وبين يوم الجمعة ففي المطلقة مثل ليضربن زيدا أو ليعطين فلانا أو ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع اليأس عن البر لان اليمين تبقى ما أمكن البر وحيث لم يقيد اليمين بوقت يفوت البر بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم انحلالها فتبقى الى أن يقع اليأس عن البر فيحكم حينئذ بالحنث ولا يقع اليأس الا في آخر جزء من أجزاء الحياة فان كان الحلف بطلاقها ليفعلن ولم يفعل حنث بموت أحدهما ولا فرق في ذلك بين موته وموتها في الصحيح وتقدمت هذه في الطلاق وفي المقيدة تتعلق بآخر الوقت فلو مات قبل مضي الوقت ولم يفعل لم يحنث فاذا قال ان لم أفعل كذا غدا فعبدي حر فمات قبل الغروب ولم يفعل لا يعتق عبده (قوله ولو حلف) أي بالله أو بطلاق أو عتاق (ليأتينه غدا ان استطاع) وصورته في التعليق ان يقول امرأتي طالق ان لم آتك غدا ان استطعت ولا نية له تصرف الاستطاعة الى سلامة آلات الفعل

وقوله (ولو حلف لا يخرج الى مكة) ههنا ثلاثة ألفاظ الخروج والاتيان والذهاب والاول شرط الحنث به الانفصال بمجاوزة عمران مصره قاصدا لذلك دون الوصول قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله وأراد به الانفصال والثاني شرطه الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فاذا وصل حنث سواء كان قاصدا أو لم يكن والثالث اختلف فيه المشايخ قال نصير بن يحيى هو بمنزلة الاتيان لقوله تعالى اذهبا الى فرعون والمراد به الاتيان وقال محمد بن سلمة هو بمنزلة الخروج قال الله تعالى انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس والاذهاب الازالة فيكون الذهاب زوالا فلا يشترط فيه الوصول قال المصنف وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال (ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة) اعلم ان الاستطاعة تطلق على معنيين أحدهما صحة الاسباب والآلات قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزاد والراحلة والثاني القدرة الحقيقية وهي نوع على حدة يترتب عليها الفعل عند ارادته ارادة جازمة يخلقه الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا قال الله تعالى ما كانوا يستطيعون السمع اذا عرفت هذا ففيما نحن فيه كلامه ينصرف الى الاول لانه هو المتعارف وان عنى الثاني وقد عبر عنه

(ومن حلف لاتخرج امرأته الا باذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير اذنه حنث ولابد من الاذن فى كل خروج) لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وماوراءه داخل فى الحظر العام ولونوى الاذن مرة يصدق ديانة لاقضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

المحلوف عليه وصحة أسبابه لانه هو المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وهذا ما أراد بقوله استطاعة الصحة دون الاستطاعة التى هى القدرة التى لاتسبق الفعل بل تخلق معه بلا تأثير لها فيه لان أفعال العباد مخلوقة لله تعالى ولو أراد هذه بقوله ان استطعت صحت ارادتها فاذا لم يأته لعذر منه أولغير عذر لايحنث كانه قال لآتينك ان خلق الله تعالى اتيانى أو الا أن لايخلق اتيانى وهو اذا لم يأت لم يخلق اتيانه ولا استطاعة الاتيان المقارنة والا لأتى واذا صحت ارادتها فهل يصدق ديانة وقضاء أو ديانة فقط قيل يصدق ديانة فقط لانه نوى خلاف الظاهر وهو قول الرازى وقيل ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه اذ كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والاول أوجه لانه وان كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله عند الاطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة أسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضى فى خلاف الظاهر (قوله ومن حلف لاتخرج امرأته الا باذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير اذنه حنث) ولابد من الاذن فى كل خروج ومثله ان خرجت الا بقناع ونحوه لان المستثنى فى قوله الا باذنى خروج مقرون بالاذن فماوراء ذلك الخروج الملصق بالاذن داخل فى الحظر العام وهو النكرة المؤولة من الفعل فى سياق النفى فان المعنى لاتخرجى خروجا الا خروجا باذنى وطريق اسقاط هذا الاذن أن يقول كلما أردت الخروج فقد أذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند أبى يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد أنه لو أذن لها مرة ثم نهى عمل نهيه اتفاقا فكذا بعد الاذن العام ولابى يوسف أنه انما عمل نهيه بعد المرة لانه مفيد لبقاء اليمين بعده بخلاف النهى بعد الاذن العام لانه لايفيد لارتفاع اليمين بالاذن العام ولو أذن لها اذنا غير مسموع لم يكن اذنا فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هو اذن لانه لم يفصل بين المسموع وغيره ولهما أن الاذن انما سمى اذنا لكونه معلما أو لوقوعه فى الاذن ولم يوجد ثم انعقاد اليمين على الاذن فى قوله ان خرجت الا باذنى فأنت طالق أو والله لاتخرجين الا باذنى مقيد ببقاء النكاح لان الاذن انما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان اذا حلف انسانا ليرفعن اليه خبر كل داعر فى المدينة كان على مدة ولايته فلو أبانها ثم تزوجها فخرجت بلا اذن لاتطلق وان كان زوال الملك لايبطل اليمين عندنا لانها لم تنعقد الا على مدة بقاء النكاح ولونوى الاذن مرة واحدة باللفظ المذكور يصدق ديانة لاقضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر فلذا لايصدقه القاضى أما انه خلاف الظاهر فظاهر مما قررناه وأما انه محتمل كلامه فلان الاذن مرة موجب الغاية فى قوله لاتخرجى حتى آذن لك وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما قبلهما فيستعار الا باذنى لمعنى حتى آذن وفى حتى آذن تنحل بمرة واحدة وقد بحث بعضهم فى حتى أنها أيضا توجب التكرار واستدل بقوله تعالى حتى تستأنسوا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ونحن نقول ان قام الاجماع على أن التكرار يراد فلا نزاع وانما الكلام فى أنه هل هو مؤدى اللفظ فقلنا لا فانه اذا قال حتى آذن لك يكون قد جعل النهى عن الخروج مطلقا مغيا بوجود ماهو اذن وبمرة واحدة من الاذن يتحقق ماهو اذن فيتحقق غاية النهى فيزول المنع المضاف الى اللفظ فان كان منع آخر فبغيره من دليل آخر أو علم أنه أريد به خلاف مقتضاه وظاهر مذهب الشافعى فى قوله الا باذنى انه تنتهى اليمين بخرجة واحدة باذن الزوج أو بغير اذنه فلا تطلق بالخروج بعده بلا اذن وفى وجه كقولنا وهو اختيار

المزنى

باستطاعة القضاء صدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى أى أراد حقيقة كلامه وقيل يصدق قضاء أيضا لما بينا انه نوى حقيقة كلامه وقيل لايصح قضاء لانه خلاف الظاهر لما بينا أن الاول هو المتعارف وفيه تخفيف على نفسه (ولو حلف لاتخرج امرأته الا باذنه احتاج الى الاذن لكل خرجة) حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بلا اذن حنث لان المستثنى خروج مقرون بالاذن لأن تقديره والله لاتخرجى الا خروجا ملصقا باذنى لان الباء للالصاق فيقتضى ملصقا وملصقا به فيكون ماوراءه أى ماوراء المستثنى داخلا تحت الحظر العام (ولو نوى الاذن مرة صدق ديانة لاقضاء لانه محتمل كلامه) لكنه خلاف الظاهر لكونه مخالفا لمقتضى الباء

قال المصنف (ومن حلف لاتخرج امرأته الا باذنه) أقول فى البدائع ان أراد بقوله الا باذنى مرة واحدة يدين فيما بينه وبين الله تعالى وفى القضاء فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله واحدى الروايتين عن أبى يوسف وروى عنه انه لايدين فى القضاء اه وصرح بأن الاول هو ظاهر الرواية وفى غاية البيان تفصيل متعلق بهذا المقام فراجعه (قوله لان تقديره والله لاتخرجى الخ) أقول هذا مما لامعنى له (قوله فيقتضى ملصقا وملصقا به) أقول يعنى يقتضى ملصقا وهو الخروج ويقتضى ملصقا به وهو الاذن

(ولو قال الا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث) لان هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك

المزني والقفال (قوله ولو قال الا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث) ونقل عن أحمد لزوم تكرار الاذن فيه أيضا مثل الا باذني وهو قول الفراء لان المعنى الا خروجا باذني لان أن والفعل في تأويل المصدر ولا يصح الا خروجا اذني فلزم ارادة الباء فصار باذني والجواب انه لا بد من أحد الامرين اما ماذكر من ارادة الباء محذوفة أو ما قلنا من جعلها بمعنى حتى مجازا أي حتى آذن لك وعلى الاول يكون كالاول وعلى الثاني ينعقد على اذن واحد واذا لزم في الا أن آذن لك أحد المجازين وجب الراجح منهما ومجاز غير الحذف أولى من مجاز الحذف عندهم لانه تصرف في وصف اللفظ ومجاز الحذف تصرف في ذاته بالاعدام مع الارادة ثم هو موافق للاستعمال القرآني قال تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا أن تقطع قلوبهم فان قيل قد تحقق بمعنى ما باضمار الباء أيضا في قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا أن يؤذن لكم الآية والثابت وجوب تكرار الاذن أجيب بالمنع بل وجوب التكرار بغيره من الادلة الموجبة منع دخول الانسان بيت غيره فضلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه وكذا كل ما كان مثل هذا وهو كثير مثل وما تشاؤن الا أن يشاء الله ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وغير ذلك فان كلا منها يستقل فيه دليل على المنع أو الفعل مع كل متكرر فانما يلزم لو لم يكن دليل على التكرار سواه وقد أجيب أيضا عن الآية الاولى ان لزوم تكرار الاذن للعلة المنصوصة فيها من قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي فيستحيي منكم فالزم بعض المحشين أن يكون كذلك فيما نحن فيه لان خروج المرأة بغير اذن الزوج مما يؤذي الزوج أيضا وهذا ذهول عظيم لان الثابت بالعلة المنصوصة في قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي المنع الذي هو حكم شرعي وهو يثبت بالعلل الشرعية أما هنا فالنظر فيما تنعقد عليه يمين الحالف و يلزم بعدمه الكفارة وذلك لا يكون الا باللفظ الناص على المحلوف عليه لا بالعلة لو صرح بها بأن قال والله لا أشرب ماء العنب المشتد لاسكاره فانه لو شرب مزرا لا يقول أحد انه حنث ولزمه كفارة مع انه لم يحلف عليه بخلاف ما لو حلف لا يشرب مسكرا فكيف اذا لم يصرح بها بل استنبطت كما فعل هذا الباحث حيث استنبط أن الزوج يكره خروج زوجته بلا اذن ثم قد يقال لا نجد دليلا يدل على منع كل دخول الا باذن وكل مشيئة للعباد الا بمشيئة الله تعالى وكل قول اني فاعل غدا كذا الا بقرانه بالمشيئة سوى الادلة المذكورة خصوصا في الأخير ولو فرض الاجماع على ذلك فمستند الاجماع ليس الا هذه الادلة وأقل ما في الباب أن يكون وجود هذا المجاز أكثر والكثرة من أسباب الترجيح وحينئذ كون غير مجاز الحذف أولى يجب أن يكون في غير ما يكون الحذف فيه مطردا مستمرا مفهوما من اللفظ بلا زيادة تأمل وأنت علمت أن حذف حرف الجر مع أن وأن مطرد وهنا لفظان آخران هما الى أن آذن لك ويجب أن يسلك به مسلك حتى وبغير اذني ويجب فيه تكرار الاذن مثل الا باذني لان المعنى فيهما واحد مع وجود الباء وهذا كله بخلاف ما لو قال لا أكلم فلانا الا باذن فلان أو حتى يأذن أو الا أن يأذن أو الا أن يقدم فلان أو حتى يقدم أو قال لرجل في داره والله لا تخرج الا باذني فانه لا يتكرر اليمين في هذا كله لان قدوم فلان لا يتكرر عادة والاذن في الكلام يتناول كل ما يوجد من الكلام بعد الاذن وكذا خروج الرجل مما لا يتكرر عادة بخلاف الاذن للزوجة فانه لا يتناول الا ذلك الخروج المأذون فيه عادة لا كل خروج الا بنص صريح فيه مثل أذنت لك أن تخرجي كلما أردت الخروج ونحوه فكان الاقتصار في هذا الوجود الصارف عن التكرار لا لان العرف في الكل على التفصيل المذكور

ولو قال الا أن آذن لك كفى اذن واحد لما ذكر في الكتاب واعترض عليه بقوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا أن يؤذن لكم وكان تكرار الاذن لازما وأجيب بأن ذلك بدليل خارجي وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي وتمام التقرير فيه ذكرناه في الانوار والتقرير . ومعنى قوله لان هذه كلمة غاية أي كلمة تفيد معنى الغاية لان الا أن ليس موضوعا لها بل للاستثناء وتعذر حمله عليه لان صدر الكلام ليس من جنس الاذن حتى يستثنى الاذن منه فيجعل مجازا عن حتى لمناسبة بينهما وهو أن حكم ما قبل الغاية يخالف لما بعدها كما أن حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده

قال المصنف (الا أن آذن لك الخ) أقول قال الامام الزيلعي ولو نوى التعدد بقوله الا أن آذن لك صدق قضاء لانه محتمل كلامه وفيه تشديد على نفسه لان كلمة أن وما دخلت عليه بتأويل المصدر فتكون الباء فيه مقدرة فصار كأنه قال الا بان آذن لك ولأن فيه تغليظا على نفسه فيصدق اهـ وفيه احتمال آخر مذكور في شرح الوقاية لصدر الشريعة

قال (ولوأرادت المرأة الخروج) صورة المسئلة ظاهرة (وتسمى هذه اليمين يمين فور) وهو في الاصل مصدر فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لاريب فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج فلان من فوره أي من ساعته (وتفرد أبوحنيفة رحمه الله باظهاره) أي باستنباطه وكان الناس قبله يعلمون اليمين على نوعين مؤبدة ومؤقتة لفظا ثم استنبط أبوحنيفة هذا النوع الثالث وهو المؤبد لفظا والمؤقت معنى وقد أخذه من حديث جابر وابنه رضي الله عنهما حين دعيا الى نصرة رجل فحلفا أن لا ينصراه ثم نصراه ولم يحنثا واعتبر في ذلك العرف فان الحالف في العادة يقصد بهذا اللفظ منعها عن الخرجة التي تهيأت لها لامن الخروج على التأبيد فاذا عادت فقد تركت تلك الخرجة وانتهت اليمين فلا يحنث بعد ذلك وان خرجت والعرف له اعتبار في باب الايمان وعلى هذا لوأراد الرجل ضرب عبده فقال آخر ان ضربته فعبدي حر يتقيد بتلك (٤٢) الضربة وعلى هذا اذا قال له اجلس تغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر وكلامه ظاهر ولوقال ان تغديت اليوم يجعل مبتدئا لانه زاد على مقدار الجواب ففي تطبيقه على السؤال الغاء الزيادة فان قيل الزيادة لاتضر كونه جوابا للسؤال ألاترى الى قوله تعالى قال هي عصاي أتوكأ عليها وأهش بها على غنمي ولي فيها مآرب أخرى في جواب قوله تعالى وماتلك بيمينك ياموسى كيف زاد على مقدار الجواب وهو أن يقول عصاي ولم يخرجه عن كونه جوابا أجيب بأن كلمة ما تستعمل للسؤال عن الذات والسؤال عن الصفات وحيث وقعت في حيز السؤال اشتبه على موسى عليه السلام أن السؤال وقع عن الذات أو الصفة فجمع بينهما ليكون مجيبا على كل حال قال صاحب النهاية الى هذا أشار في الفوائد الظهيرية وفيه نظر لان أهل البلاغة قالوا ان ما يسأل بها عن وصف العقلاء والعصا لم تكن عاقلة سلمنا ولكن الافعال المسندة الى موسى عليه السلام لاتكون أوصافا ولئن كانت لاتكون أوصافا للعصا وأقول الزيادة على حرف الجواب لاتصرفه عن كونه جوابا له البتة وانما يجعل كلامامبتدأ اذا كان ثمة مصرف يمكن حمله عليه اعمالا للزيادة كما في المسئلة وليس في الآية ذلك فلم يصرف عن كونه جوابا يلوح الى هذا قوله فيجعل مبتدئا (قوله ومن حلف لا يركب دابة فلان) الدابة في اللغة كل مايدب من الحيوانات أي يتحرك مشياعلى وجه الارض قال الله تعالى ومامن دابة في الارض الا على الله رزقها

(ولوأرادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث) وكذلك اذا أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور وتفرد أبو حنيفة رحمه الله باظهاره ووجهه أن مراد المتكلم الردع عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه (ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي قال ان تغديت فعبدي حر فخرج فرجع الى منزله وتغدى لم يحنث) لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا (ومن حلف لايركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث)

بل مؤدى اللفظ ماذكرنا وثبوت خلافه للصارف العرفي ثم ذلك المؤدى اللفظي في مثل ان خرجت الا باذني والا أن آذن لك لم يقع العرف بخلافه فوجب اعتباره كذلك (قوله ولوأرادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك اذا أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين الفور انفرد أبوحنيفة رضي الله عنه باظهارها) وكانت اليمين في عرفهم قسمين مؤبدة وهي أن يحلف مطلقا ومؤقتة وهي أن يحلف أن لا يفعل كذا اليوم أو هذا الشهر فأخرج أبوحنيفة رضي الله عنه يمين الفور وهي يمين مؤبدة لفظا مؤقتة معنى تتقيد بالحال وهي ما يكون جوابا الكلام يتعلق بالحال مثل أن يقال لآخر تعال تغد عندي فيقول ان تغديت فعبدي حر فيتقيد بالحال فاذا تغدى في يومه في منزله لايحنث لانه حين وقع جوابا تضمن اعادة ما في السؤال والمسؤل الغداء الحالي فينصرف الحلف الى الغداء الحالي لتقع المطابقة فلزم الحالي بدلالة الحال بخلاف مالوقال ان تغديت اليوم فانه يحنث اذا تغدى في منزله من يومه لانه زاد على الجواب فيعتبر مبتدئا لامجيبا فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال والغاؤه أولى من الغاء لفظ صريح في معناه أو ما يكون بناء على أمر حالي كامرأة تهيأت للخروج فحلف لاتخرج فاذا جلست ساعة ثم خرجت لايحنث لان قصده أن يمنعها من الخروج الذي تهيأت له فكأنه قال ان خرجت الساعة ومنه من أراد أن يضرب عبده فحلف عليه لايضربه فاذا تركه ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه لايحنث لذلك بعينه وقال زفر رحمه الله يحنث وهو قول الشافعي لانه عقد يمينه على كل غداء وخروج وضرب فاعتبر الاطلاق اللفظي وهو القياس وجه الاستحسان ماذكرنا والكلام فيما اذا لم يكن للحالف نية (قوله ومن حلف لايركب دابة فلان) اعلم انه اذا حلف لا يركب دابة فلان انعقد على حماره وبغلته وفرسه فلو ركب جمله أو فيله

(قوله ان ما يسأل بها الخ) أقول قال العلامة الشريف في شرح المفتاح استعمال ما في السؤال عن وصف أولي العلم أو غيرهم كثير في اللغة اه ففي ماذكره الشارح بحث (قوله ولئن كانت لاتكون أوصافا للعصا) أقول وأنت خبير بأنه لامانع من التأويل بحيث تكون أوصافا للعصا فليتأمل

ويتعلق الركوب بها بعين ما ركب منها سامرا اذا كالبغل والفرس والبعير والحمار والبقر والجاموس والفيل في القياس واستحسن العلماء في عقد اليمين على ما ركب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير أخذا من قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها ذكر منة الركوب في هذه الانواع الثلاثة فاما في الانعام فقد ذكر منفعة الاكل بقوله تعالى والانعام (٤٣) خلقها لكم الآية وبالعرف فانه اذا قيل ركب فلان دابة لم يفهم منه أحد أنه ركب البقر أو الفيل وان كان ركب في بلاد الهند الا اذا نوى جميع ذلك فيكون على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه واذا عرف هذا فمن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة وهذا اذا لم ينو فاما اذا نوى وركب دابة العبد فيحنث الا أنه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده أي فيما ملكه العبد المديون عند أبي حنيفة حتى لو أعتق عبد عبده لا يعتق وتلمح بما ذكرنا المستثنى منه في قوله الا انه اذا كان عليه دين وهو القدر الذي أظهرناه وان كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا حيث يقال دابة عبد فلان ولم يقل دابة فلان وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله لمولاه فتختل الاضافة الى المولى فلابد من النية وقال أبو يوسف يحنث في الوجوه كلها وهي ما اذا لم يكن عليه دين أو كان عليه دين غير مستغرق أو دين مستغرق اذا نوى ووجه ذلك ان دين العبد وان كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده الا انه يضاف الى العبد فتختل الاضافة الى المولى فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية وقال محمد يحنث في الوجوه كلها وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك للسيد اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

عند أبي حنيفة رحمه الله الا أنه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال فهو للبائع الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلابد من النية وقال أبو يوسف في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

لم يحنث وان كان اسم الدابة لما يدب على الارض لان العرف خصصه بالركوب المعتاد والمعتاد هو ركوب هذه الانواع الثلاثة فيتقيد به وان كان الجمل مما يركب أيضا في الاسفار وبعض الاوقات فلا يحنث بالجمل الا اذا نواه وكذا الفيل والبقر اذا نواه حنث والا لا وينبغي ان كان الحالف من البدو أن ينعقد على الجمل أيضا بلا نية لان ركوبها معتاد لهم وكذا اذا كان حضريا جمالا والمحلوف على دابته جمال دخل في يمينه بلا نية واذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الانواع الثلاثة فلو نوى به بعضها دون بعض بأن نوى الحمار دون الفرس مثلا لا يصدق ديانة ولا قضاء لان نية الخصوص لا تصح في غير اللفظ وسيأتي تمامه في الفصل الذي بعده ولو حمل على دابته مكرها لا يحنث على وزان ما تقدم في أول الفصل ولو حلف لا يركب مركبا ولا نية له حنث بكل مركب سفينة أو محمل أو دابة ولو ركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة الا أن ينوي دابة عبده فيحنث به الا اذا كان على العبد دين مستغرق فانه لا يحنث حينئذ بركوبها وان نوى دابة العبد أيضا لانه لا ملك للمولى فيه عند أبي حنيفة رحمه الله وأما انه لا يحنث بركوب دابة العبد وان لم يكن عليه دين أو كان لكنه غير مستغرق الا أن ينوي به فلان الملك فيه وان كان للمولى لكنه عرضت اضافته الى العبد عرفا وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع وان باع نخلا قد أبرت فثمرته للبائع الا أن يشترط المبتاع أخرجه الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم فاختلت اضافة المال الى المولى وان كان ملكا له فقصر الاطلاق عن تناوله الا بالنية وقال أبو يوسف في الوجوه كلها وهو ما اذا لم يكن عليه دين أو عليه مستغرق أو غير مستغرق يحنث اذا نواه فتحقق خلافه لابي حنيفة فيما اذا كان عليه دين مستغرق ونواه فان عند أبي حنيفة لا يحنث لعدم ملك السيد لما في يده وعند أبي يوسف هو مملوك السيد وان استغرق فيحنث بنيته وقال محمد يحنث في الوجوه الخمسة وهي ما اذا لم يكن عليه دين أو عليه دين مستغرق أو غير مستغرق نوى دابة العبد أو لم ينو لاعتبار حقيقة الملك في الدابة المحلوف عليها أي انعقدت يمينه على كل دابة يملكها المحلوف على دابته وما في يد المأذون ملك السيد وان كان مديونا مستغرقا فيتحقق الحنث بركوبها وقول محمد هو قول مالك والشافعي وأحمد والظاهر أن أبا حنيفة رحمه الله أسعد بالعرف هنا فانه يقال هذه دابة عبد فلان وتلك دابة سيده فينصرف اليمين الى ما يضيفه العرف اليه لا الى ما يضيفه الملك اليه مع اضافة العرف اياه الى غيره وأقل ما يجب اذا صارت هذه الدابة تضاف الى كل منهما أن لا ينعقد عليها الا بقصدها لانه ان نظر الى اضافتها اليه انعقدت عليها وان نظر الى اضافتها الى غيره لم تنعقد عليه فلا ينعقد عليها الا أن ينوبها غير أنه يقول اذا كان دينه مستغرقا انقطعت الاضافة الى السيد بالكلية لانعدام الملك لان العرف ما كان يضيفه الى السيد مع

(قوله لاعتبار حقيقة الملك) أقول وفيه بحث

﴿باب اليمين في الاكل والشرب﴾

قال (ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) لانه أضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه وهو الثمر لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط أن لا يتغير بصنعه جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ

اضافته الى العبد الا باعتبار ملكه فاذا انتفى انتفى

﴿ باب اليمين في الاكل والشرب ﴾

أعقبه الخروج لان الخروج من المنزل يراد لتحصيل ما به بقاء البنية من المأكول والمشروب اليه الاشارة بقوله تعالى فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه على ما يقال والاكل ايصال ما يتأتى فيه المضغ الى الجوف وان ابتلعه بلا مضغ والشرب ايصال ما لا يتأتى فيه المضغ كالماء واللبن والنبيذ هكذا في التجريد وذكر الزندويستي أن الاكل عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمص عبارة عن عمل اللهاة فعلى هذا لو كان في فيه شيء فحلف لا يأكل فابتلعه ينبغي أن لا يحنث وفي فتاوى أبي الليث ما يدل على انه يحنث وهو الصواب اذ لا شك في انه أكل اذا كان مما يمضغ على تفسيره بايصال ما يحتمل المضغ الى الجوف ولا شك أن قوله عمل الشفاه انما يراد حركتها فهو في الكل ويلزم أن يحنث ببلع ما كان في فيه لانه لا بد من حركة شفتيه وهذا لانه لا يمكن أن يراد من عمل الشفاه هشمها والحق أن الذوق عمل الفم لمجرد معرفة الطعم وصل الى الجوف أو لا قيل فكل أكل ذوق وليس كل ذوق أكلا فيكون بينهما عموم مطلق ولا يخفى أن الاكل اذا كان ايصال ما يحتمل الهشم لم يكن عمل الفم معتبرا في مفهومه وان كان قد يتحقق معه فقد لزم أن بينهما عموما من وجه فيجتمعان في ايصال ما هشم فان الهشم عمل الفم أعني الحنكين وينفرد الذوق فيما لم يوصل والاكل فيما ابتلع بلا مضغ مما يحتمل المضغ ولا يعرف طعمه الا بالمضغ كقلب اللوز والجوز لكن في المحيط حلف لا يذوق فأكل أو شرب يحنث ولو حلف لا يأكل أو لا يشرب لا يحنث بالذوق وما روى هشام حلف لا يذوق فيمينه على الذوق حقيقة وهو أن لا يصل الى جوفه الا أن يتقدمه كلام يدل عليه نحو أن يقول تعال تغد معي فحلف لا يذوق معه طعاما وشرابا فهذا على الاكل والشرب يدل على أن عدم الوصول الى الجوف مأخوذ من مفهوم الذوق فعلى هذا ينبغي أن لا يحنث بالاكل في الحلف على الذوق والذي يغلب ظنه أن مسئلة المحيط يراد بها الاكل المقترن بالمضغ أو البلع لما لا يتوقف معرفة طعمه على المضغ لانا نقطع بانا بابتلاع قلب لوزة لا يقال فيه ذاق اللوز ولا يحنث ببلعها واذا حلف لا يأكل شيأ مما لا يتأتى فيه المضغ فخلطه بغيره مما يؤكل فأكله معه حنث ولو عنى بالذوق الاكل لم يصدق في القضاء ولو حلف لا يأكل عنبا أو رمانا فجعل عنصه ورمى ثفله ويبتلع المتحصل بالمص لا يحنث لان هذا ليس أكلا ولا شربا بل مص ولو حلف لا يأكل لبنا فشربه لا يحنث ولو ثرد فيه فأوصله الى جوفه حنث ولو حلف لا يشرب لبنا فثرد فيه فأكله لا يحنث ولو شربه حنث قيل هذا اذا حلف بالعربية أما اذا حلف بالفارسية فانه يحنث مطلقا وهو الصحيح لان كلا من الاكل والشرب يسمى خوردن فاذا قال نمى خورم بلا نية صدق عليهما فيحنث بكل منهما وهذا حق وعليه الفتوى ولو حلف لا يأكل هذا الرغيف فجففه ودقه ثم مرسه بالماء فشربه لا يحنث ولو أكله مبلولا حنث والسويق اذا شربه بالماء يكون شربا لا أكلا فان بله بالماء فأكله حنث (قوله ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) بالمثلثة أي ما يخرج منها لانه أضاف اليمين الى ما لا يؤكل ومثله لا يحلف على عدم أكله

قد ذكرنا أن أول ما يحتاج اليه الانسان المسكن ثم (٤٤) الاكل والشرب وهذا الباب لبيان اليمين عليهما واعلم أن ما يصل الى جوف الانسان لا يخلو عن أربعة أوجه مأكول ومشروب ومصوص وملعوق فالمأكول ما يتأتى فيه المضغ والهشم لا الممضوغ حتى لو ابتلع ما يتأتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى أكلا والمشروب ما لا يتأتى فيه ذلك فلو حلف لا يأكل لبنا فشربه لا يحنث ولو حلف لا يشربه فثرد فيه وأكل لم يحنث والممصوص هو ما يحصل بعلاج اللهاة فلو حلف لا يأكل عنبا أو رمانا فمضغه ورمى ثفله وابتلع ماءه لم يحنث لا في الاكل ولا في الشرب والملعوق هو ما يتناول باللحس بالاصبع والشفاه اذا عرف هذا رجعنا الى ما في الكتاب فقوله فهو على ثمرها يعني اذا كانت لها ثمرة وأما اذا لم يكن فاليمين تقع على ثمنها لانه أضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه لان الحقيقة اذا تعذرت يصار الى المجاز وما يخرج منه صالح لكونه مجازا لانه أي ما لا يؤكل سبب له فينصرف الى ما يخرج منه وذكر السبب وارادة المسبب مجاز شائع ولكن يشترط أن لا يتغير بصنعة جديدة لان ما يصنع من ذلك الثمر ليس بثمر فلا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وقيد بالمطبوخ وان كان الدبس لا يكون الا مطبوخا احترازا عما اذا اطلق اسم الدبس على ما يسيل من الرطب كما ذكره في بعض المواضع من الذخيرة وغيره

(قوله لان ما يصنع من ذلك الثمر ليس بثمر) أقول لو صح هذا لزم ان لا يحنث بأكل ما يسيل من الرطب لانه ليس بثمر ايضا

(وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فأكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب أو من هذا اللبن فصار تمرا أو صار اللبن شيرازا لم يحنث) لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي داعيا في الشرع

أكله لانه ممتنع الاكل قبل اليمين فيلغو الحلف فوجب لتصحيح كلام العاقل صرفها الى ما يخرج منها مجوزا باسم السبب وهو النخلة في المسبب وهو الخارج لانها سبب فيه لكن بلا تغير بصنع جديد فلا يحنث بالنبيذ والخل والناطف والدبس المطبوخ واحترز به عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب وهو الذي يسمى في عرفنا صقر الرطب فانه يحنث بالرطب والتمر والبسر والراخ والجمار والطلع وهذا لان ما توقف على الصنعة ليس مما خرج مطلقا ولذا عطف عليه في قوله تعالى ليأكلوا من ثمره وما عملته أيديهم وقيل لان ما تحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء من النخلة ومن لابتداء الغاية وكل ما يخرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه ولا يخفى أن من المذكورة في كلامه داخلة على النخلة تبعيضية لا ابتدائية نعم من المذكورة في التأويل أعني قوله لا آكل مما يخرج من النخلة ابتدائية وهو غير مذكور وكأنه اعتبر كالمذكور ومثله حلف لا يأكل من هذا الكرم فهو على عنبه وحصرمه وزبيبه وعصيره وفي بعض المواضع دبسه والمراد عصيره فانه ماء العنب وهو ما يخرج بلا صنع عند انتهاء نضج العنب ولانه كان كامنا بين القشر بخلاف ما لو حلف لا يأكل من هذا العنب لا يحنث بزبيبه وعصيره لان حقيقته ليست مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب ثم انصراف اليمين الى ما يخرج في الحلف لا يأكل من الشجرة فيما اذا كان لها ثمرة فان لم يكن لها ثمرة انعقدت على ثمنها فيحنث به أي اذا اشترى به مأكولا (فرع) حلف لا يأكل من هذه الشجرة فقطع غصنا منها ووصله بشجرة أخرى فأكل من ثمرة تلك الشجرة من هذا الغصن لا يحنث وقال بعضهم يحنث (قوله وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فأكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب فصار تمرا أو من هذا اللبن فصار شيرازا) أي رائبا وهو الخاثر اذا استخرج ماؤه فأكله (لا يحنث) لان الاصل أن المحلوف عليه اذا كان بصفة داعية الى اليمين تقيد به في المعرف والمنكر فاذا زالت زال اليمين عنه وما لا تصلح داعية اعتبر في المنكر دون المعرف وصفة البسورة والرطوبة مما قد تدعو الى اليمين بحسب الامزجة وكذا صفة اللبنية فاذا زالت زال ما عقد عليه اليمين فأكله أكل ما لم تنعقد عليه وخص اللبن وجه ذكره بقوله ولان اللبن مأكول فلا ينعقد الا على عينه لا على ما يصير اليه لان الحقيقة غير مهجورة فلا يحنث بشيرازه ولا بسمنه وزبده بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام معه منهي عنه فلم يعتبر ما يخال داعيا الى اليمين من جهله وسوء أدبه اذا كان الشارع منعنا من هجران المسلم مطلقا مع علمه بأن الداعي قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع ونظر فيه بأن الهجران قد يجوز أو يجب اذا كان لله بأن كان يتكلم بما هو معصية أو يخشى فتنة أو فساد عرضه بكلامه فلا نسلم أن الشارع منع الهجران مطلقا فحيث حلف لا يكلمه لا يحكم الا أنه وجد المسوغ واذا وجد اعتبر الداعي فتقيد بصباه وشبيبته ونذكر ما فيه في المسئلة التي تليها

من حلف لا يأكل من هذا البسر أو الرطب أو اللبن فتغير ذلك الوصف بصيرورة البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا وهو الذي استخرج ماؤه فصار كالفالوذج الخاثر فان قيل فعلى هذا اذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ ينبغي أن لا يحنث لان الصبا مظنة السفه والشباب شعبة من الجنون فكانا وصفين داعيين الى اليمين وقد زالا عند الشيخوخة فكان الواجب أن لا يحنث أجاب بقوله وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي الخ ووجهه أن القاعدة المذكورة تقتضي ذلك لكن الشرع أسقط اعتبارها لانه نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام قال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا الحديث والمهجور شرعا كالمهجور عادة فانعقدت اليمين على الذات وهي موجودة حالة الشيخوخة فيحنث في عينه واعترض على دليل الكتاب بأنا سلمنا ان هجران المسلم حرام لكن الحرام يقع محلوفا عليه كما لو قال والله ليشربن اليوم خمرا وأجيب بأن الكلام في أن الحقيقة يجوز أن تترك بهجران الشرع فيما اذا كان الكلام محتملا للمجاز حملا لامر المسلم على الصلاح وأما أن اليمين تنعقد على الحرام المحض فلا كلام فيه

وقوله (ومن حلف لا يأكل لحم هذا الحمل) ظاهر قال (ومن حلف لا يأكل بسرا) هذه المسئلة على أربعة أوجه اذا حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو ما بدا الارطاب من قبل ذنبه وهو ما سفل من جانب القمع والعلاقة وتفسيره هو الذي عامته بسر وفيه شئ من الرطب حنث في يمينه في قولهم وكذا اذا حلف لا يأكل رطبا مذنبا وهو الذي عامته رطب وفيه شئ من البسر حنث في قولهم ولو حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا فيه شئ من البسر حنث في قول أبي حنيفة وقالا لا يحنث ولو حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا فيه شئ من الرطب حنث عنده خلافا لهما على رواية الكتاب وذكر في الايضاح وشروح الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة في أنه يحنث في هاتين الصورتين وقال صاحب النهاية والله أعلم بصحته لهما ان الرطب المذنب يسمى رطبا فاذا حلف لا يأكل بسرا وأكل الرطب المذنب فقد أكل الرطب لا البسر فلا يحنث وكذلك بالعكس وصار كما اذا حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنبا لا يحنث (وله أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب) فيحنث في الصورتين وان كان أحدهما غالبا والآخر مغلوبا ألا ترى أنه لو ميزه فأكله حنث بالاتفاق فكذا اذا أكله مع غيره واستشكل بما اذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب فشربه لم يحنث وان شرب المحلوف عليه وزيادة وأشار المصنف الى الجواب عنه بقوله (وكل واحد مقصود في الاكل) يعني بخلاف صورة اللبن فان اللبن ذكر لما صب فيه الماء شاع وماع في جميع أجزاء اللبن فصار مستهلكا ولهذا لا يرى مكانه فلم يكن كل واحد منهما مقصودا بالشرب وقوله (بخلاف الشراء) جواب عن قياسهما صورة النزاع على الشراء وهو ظاهر وقوله (ولو حلف لا يشتري رطبا) كالبيان للمسئلة المتقدمة وهو ظاهر

(ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل بعد ما صار كبشا حنث) لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه أكثر امتناعا عن لحم الكبش قال (ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث) لانه ليس ببسر (ومن حلف لا يأكل رطبا أو بسرا أو حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فأكل مذنبا حنث عند أبي حنيفة وقالا لا يحنث في الرطب) يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير (ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث) لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع (ولو كانت اليمين على الاكل يحنث) لان الاكل يصادفه شيأ فشيأ فكان كل منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا أو لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا

(قوله ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الحمل فأكل منه بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست داعية الى اليمين) فلا تتقيد به فانعقدت على ذاته فيحنث به كبشا لوجود ذاته فيه وانما قلنا ليست داعية لان الصغر داع الى الاكل لا الى عدمه فالممتنع عنه مع صلوحه أشد امتناعا عنه كبشا وفي هذا نظر لان الحمل ليس محمودا في الضأن لكثرة رطوباته زيادة حتى قيل فيه النحس بين الجيدين بخلافه كبشا فان لحمه حينئذ أكثر قوة وتقوية للبدن لقلة رطوباته فصار كالحالف لا يأكل من هذا الرطب فأكله تمرا لا يحنث واعلم ان ايراد مثل هذا وما قبله في مسئلة لا أكلم هذا الصبي ذهول عن وضع هذه المسائل ونسيان أنها بنيت على العرف فيصرف اللفظ الى المعتاد في العمل والعرف في القول وان المتكلم لو أراد معنى تصح ارادته من اللفظ لا يمنع منه ففي مسئلة الحمل العموم يفضلونه وهو عندهم غذاء في غاية الصلاح وما يدرك بحسه الأفراد رفوا شيأ من الطب فوجب بحكم العرف اذا لم يكن له نية أن يصرف اليمين الى ذات الحمل لانه لما كان صالحا في الغاية عند العموم لا يحكم على الفرد من العموم أنه على خلافهم فينصرف حلفه اليهم فيلزم أن لا تعتبر الحملية قيدا وكذا الصبي لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم وفي الشرع لم يجعل الصبا داعية الى اليمين في حق العموم فينصرف الى ذاته وهذا لا ينفي كون حالف من الناس عرف عدم طيب الحمل وسوء أدب صبي علم أنه لا يردعه الا ترك الكلام معه أو علم أن الكلام معه يضره في عرضه أو دينه فعقد يمينه في الاول على مدة كونه حملا وفي الثاني على مدة صباه فانا نقول لو أراد حالف تقييده بالحملية والصبا لم نمنعه وصرفنا يمينه حيث صرفها وانما الكلام اذا لم ينو شيأ فانما يسلك به ما عليه العموم أخطؤا فيه أو أصابوا فليكن هذا منك ببال فانك تدفع به كثيرا من أمثال هذا الغلط المورد على الائمة (قوله ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر) واليمين انعقدت على خصوص صفة البسرية لما ذكرنا أنها داعية لليمين (قوله ومن حلف لا يأكل بسرا أو رطبا أو حلف لا يأكل بسرا ولا رطبا فأكل بسرا مذنبا) بكسر النون وهو ما بدا الارطاب من ذنبه (حنث عند أبي حنيفة وقالا لا يحنث) هكذا ذكر المصنف الخلاف وأكثر كتب الفقه المعتبرة مثل المبسوط وشروحه والكافي للحاكم وشرح الطحاوي للاسبيجابي وشروح الجامعين والايضاح والاسرار والمنظومة وغيرها مما يغلب ظن خطا خلافه

(ومن حلف لا يأكل لحما فأكل لحم السمك لا يحنث) والقياس أن يحنث لانه يسمى لحما فى القرآن وجه الاستحسان أن التسمية مجازية لان اللحم منشؤه من الدم ولادم فيه لسكونه فى الماء (وان أكل لحم خنزير أولحم انسان يحنث) لانه لحم حقيقى الا أنه حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام

ذكر فيها قول محمد مع أبى حنيفة رحمهما الله وصور المسئلة أربع اتفاقيتان وهما ما اذا حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا مذنبا وما اذا حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا فانه يحنث فى هاتين اتفاقا وخلافيتان وهما ما اذا حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا وما اذا حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا مذنبا فانه يحنث فى هاتين عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف وجه قول أبى يوسف أن البسر المذنب لا يسمى رطبا لان الرطب فيه مغلوب وأن الرطب الذى فيه شئ من البسر به لا يسمى بسرا فلم يفعل المحلوف عليه فلا يحنث وكذا لا يحنث فى شرائهما بحلفه لا يشترى بسرا أو رطبا ووجه قولهما ان أكل ذلك الموضع هو أكل رطب وبسر فيحنث به لا بالكل وهذا لان أكل كل جزء مقصود لانه يمضغ ويبلع بمضغ وابتلاع يخصه فلا يتبع القليل منه الكثير بخلاف الشراء فانه يتعلق بجملة المشترى منهما فيكون القليل فيه تبعا للكثير وكذا لو حلف أن لا يشترى رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء صادف المجموع فكان الرطب تابعا وكذا لو حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها شعير حبة حبة حنث وان حلف على الشراء لم يحنث ذكره الشهيد فى كافيه وقد يقال أولا التعليل المذكور يقتصر على ما فصله فأكله وحده أما لو أكل ذلك المحل مخلوطا ببعض البسر تحققت التبعية فى الاكل وثانيا هو بناء على انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف والا فالرطب الذى فيه بقعة بسر لا يقال لآكله آكل بسر فى العرف فكان قول أبى يوسف أقعد بالمبنى والله أعلم (قوله ومن حلف لا يأكل لحما الخ) تنعقد هذه اليمين على لحم الابل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخا ومشويا وفى حنثه بالنئ خلاف الاظهر لا يحنث وعند الفقيه أبى الليث يحنث فلو أكل لحم السمك لا يحنث والقياس أن يحنث وهو رواية شاذة عن أبى يوسف لانه سمى لحما فى القرآن قال تعالى لتأكلوا منه لحما طريا أى من البحر وهو السمك وبه استدل سفيان لمن استفتاه فيمن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا فرجع الى أبى حنيفة فأخبره فقال ارجع فاسأله فيمن حلف لا يجلس على بساط فجلس على الارض فسأله فقال لا يحنث فقال أليس انه قال تعالى والله جعل لكم الارض بساطا فقال له سفيان كأنك السائل الذى سألنى أمس فقال نعم فقال سفيان لا يحنث فى هذا ولا فى الاول فرجع عن ذلك القول وظهر أن تمسك أبى حنيفة انما هو بالعرف لا بما ذكره المصنف فى وجه الاستحسان أن التسمية التى وقعت فى القرآن مجازية لا حقيقية لان اللحم منشؤه من الدم ولا دم فى السمك لسكونه الماء ولذا حل بلا ذكاة فانه ينقض بالالية فانها تنعقد من الدم ولا يحنث بأكلها لمكان العرف وهو أنه لا يسمى لحما ولا تذهب أوهام أهل العرف اليه عند اطلاق اسم اللحم ولذا لو قال اشتر لحما فاشترى سمكا عد مخالفا وأيضا يمنع أن اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام والايمان لا تبنى على الاستعمال القرآنى ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا أو لا يجلس على وتد فجلس على جبل لا يحنث مع تسميتهما فى القرآن دابة وأوتادا وهذا كله اذا لم ينو أما اذا نواه فأكل سمكا طريا أو مالحا حنث ﴿فرع﴾ لو حلف لا يأكل لحما فأكل من مرقه لا يحنث الا اذا كان نواه (قوله وان أكل لحم خنزير أو لحم انسان يحنث) لانه لحم حقيقة الا أنه حرام واليمين تنعقد على الحرام منعا

(ومن حلف لا يأكل لحما فأكل لحم السمك لا يحنث) والاصل فيه أن اللفظ اذا تناول أفرادا وفى بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته ولحم السمك فيه قصور لان اللحم من الالتحام والالتحام بالاشتداد والاشتداد بالدم والدم فى السمك ضعيف وقال المصنف لادم فيه جعله بمنزلة المعدوم لكونه يسكن الماء فكان معنى اللحم قاصرا فيه فلا يدخل تحت اللفظ المطلق وموضعه أصول الفقه (وان أكل لحم خنزير أو انسان حنث لانه لحم حقيقى الا أنه حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام) واعترض بأن الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناط وجوبها بما هو حرام محض وأكل لحم الخنزير والانسان حرام محض فكيف يتعلق وجوبها به وأجيب بأن هذه مغالطة لان الكفارة تجب بعد يمين نقضت بالحنث وقد وجدت وكون الحنث بأمر مباح أو حرام لا مدخل له فى ذلك أشار الى هذا قوله واليمين قد تعقد للمنع من الحرام

قال المصنف (وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشؤه من الدم ولادم فيه لسكونه فى الماء) أقول فيكون قاصرا فى اللحمية والقاصر يعامل بها معاملة المجاز لا أن يكون مجازا قال المصنف (وان أكل لحم خنزير أو لحم انسان يحنث) أقول قال صاحب الكافى وذكر الزاهدى العتابى لا يحنث وعليه الفتوى اه قوله وعليه الفتوى من كلام صاحب الكافى فافهم قال الزيلعى فكأنه اعتبر العرف ولكن هذا عرف عملى فلا يصلح مقيدا بخلاف العرف اللفظى ألا يرى انه لو حلف لا يركب دابة لا يحنث بالركوب على انسان للعرف اللفظى فان العرف لفظا لا يتناول الا الكراع وان كان فى اللغة يتناوله ولو حلف لا يركب حيوانا حنث بالركوب على الانسان لان اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف العملى وهو انه لا يركب عادة لا يصلح مقيدا اه العرف العملى يصلح مقيدا عند مشايخ بلخ كما ذكر فى كتب الأصول فى مسئلة اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا

(وكذا اذا أكل كبدا أوكرشا) لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما (ولو حلف لا يأكل أو لا يشترى شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند أبي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر أيضا) وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله أنه لحم حقيقة ألا تراه أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم

وحلا وان وجب في الحل أن يحنث بخلاف النذر النص لا نذر في معصية الله تعالى ولما كان يرد عليه أن الايمان تبنى على العرف ولا تذهب الاوهام في أكل اللحم الى أكل لحم الآدمي والخنزير وان سمي في العرف لحم الآدمي لحما وكذا لحم الخنزير لان الواجب العرف في قولنا أكل فلان لحما كما فعلنا في لا يركب دابة فلان اعتبر العرف في ركب فان المتبادر منه ركوب هذه الانواع فتقيد الركوب المحلوف عليه به ثم نقل العتابي خلافه فقال قيل الحالف اذا كان مسلما ينبغي أن لا يحنث لان أكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف قال وهو الصحيح وفي الكافي عليه الفتوى وما قيل العرف العملي لا يقيد اللفظ غير صحيح وقد قدمناه في نكاح الفضولي ردا على المصنف هناك وأورد أن الكفارة فيها معنى العبادة فكيف تجب بفعل هو حرام محض وأجيب بأن الحل والحرمة انما يراعيان في السبب والسبب في وجوب الكفارة اليمين وان كان متعلقا باليمين والحنث وانما علق بهما حتى لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث وان كان السبب هو اليمين وحده ليكون سبب الكفارة موصوفا بالاباحة والحرمة الاباحة لليمين والحظر للحنث وهذا انصراف عن المذهب المجمع على نقله من أن السبب هو الحنث وكونه اليمين مذهب الشافعي والقاء الشر أشر عليه وكان يغني عن التهالك في اثباته فيما تقدم تسليم أن اليمين سبب ولكنا شرطنا لوجوب الكفارة الحنث لما ذكر وحينئذ لا خلاف بيننا وبينهم ويوجب بطلان ما اتفقوا عليه في الجواب من أن الاضافة في كفارة اليمين الى الشرط لا الى السبب وكل هذا بسبب التزام أن الكفارة في اليمين لستر الجناية الثابتة بالحنث ونحن جعلناها جبرا لحرمة اسم الله تعالى الفائتة بالحنث معصية كان الحنث أو طاعة واجبة أو مندوبة وهذا لان الحنث اذا كان واجبا استحال أن يكون حراما وما يظن من أنه يصح واجبا حراما من وجهين توهم والا فمعنى الواجب والحرام ما تعلق به خطاب الشرع نهيا عنه وطلبا له فكيف يكون بعينه مطلوب العدم مطلوب الايجاد في وقت واحد فليس ذلك الا وهما من الاوهام ومثله في كفارة الاحرام تثبت ولا جناية اذا كان مريضا أو به أذى من رأسه (قوله وكذا اذا أكل كبدا أو كرشا) أو رئة أو قلبا أو طحالا يعني يحنث لان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما قال في الخلاصة هذا في عرف أهل الكوفة وفي عرفنا لا يحنث وذكره في المحيط أيضا ولو أكل الرأس والا كارع يحنث وبه قال الشافعي في الاصح ولا يحنث بأكل الشحم والالية الا اذا نواه في اللحم بخلاف شحم الظهر يحنث به بلا نية لانه تابع للحم في الوجود ويقال في العرف لحم سمين (قوله ولو حلف لا يأكل أو لا يشترى شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند أبي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار) فلزم كونه من نفس مسماه ولذا استثنى في قوله تعالى حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما فيحنث به (وله أنه لحم حقيقة لانه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم) في اتخاذ ألوان الطعام والقلايا فيجعل قطعا ويلقى فيها ليؤكل أكل اللحم ولا يفعل ذلك بالشحم (وتحصل به قوته ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أن لا يأكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على أن لا يبيع شحما) والقاطع بنفي قولهما أن العرف لا يفهم من اسم الشحم الا ما في البطن وهو الذي يسمى بائعه شحاما في العرف وبائع ذلك يسمى لحاما والايمان

قوله (وكذا اذا أكل كبدا) ظاهر

وقيل هذا بالعربية فأما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال (ولو حلف لا يشترى أولا يأكل لحما أو شحما فاشترى ألية أو أكلها لم يحنث) لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم

لا تبنى على الاسماء الشرعية فلا يضر تسميتها شحما فى آية الاستثناء وقول بعض الشارحين شحم الظهر اما ألية أو لحم أو شحم لا قائل انه ألية وليس بلحم لانه يذوب دون اللحم وأيضا يقال له شحم الظهر لا لحم الظهر فتعين أنه شحم فيحنث بأكله بعد ما ذكرنا لا يفيد على أنا نمنع كونه ليس بلحم والاستدلال عليه بأنه يذوب معارض بأنه يستعمل استعمال اللحم كما ذكرنا وبه يلزم كون الذوب ليس لازما مختصا واللوازم جاز كونها مساوية لملزومها وكونها أعم منه فتشترك الانواع المتباينة فى لازم واحد فجاز كون الذوب يتحقق فيما ليس بلحم وفى بعض ما هو لحم ولا ضرر فى ذلك وكذا نمنع انه لا يقال له لحم الظهر بل نقطع أنه يقال له لحم سمين ولو قيل هذا لحم الظهر أو من الظهر لم يعد مخطئا ولذا صحح غير واحد قول أبى حنيفة وذكر الطحاوى قول محمد مع أبى حنيفة وهو قول مالك والشافعى فى الاصح وما فى الكافى من قوله فصارت الشحوم أربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن ففى شحم البطن يحنث بالاتفاق والثلاثة على الاختلاف لا يخلو من نظر بل لا ينبغى خلاف فى عدم الحنث بما فى العظم قال الامام السرخسى ان أحدا لم يقل بأن مخ العظم شحم اه وكذا لا ينبغى خلاف فى الحنث بما على الامعاء لانه لا يختلف فى تسميته شحما (قوله وقيل هذا) أى الخلاف فيما اذا قال بالعربية فأما اسم پيه بالفارسية فلا يقع على شحم الظهر بحال فلا يحنث اذا عقد بالفارسية بأن قال نمى خورم پيه ثم أكل شحم الظهر (قوله ولو حلف لا يأكل أولا يشترى لحما أو قال شحما فاشترى ألية أو أكلها لم يحنث لانه نوع ثالث لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم) والحق انه لا يحنث به فى حلفه على اللحم خلافا لبعض الشافعية ولا فى يمين الشحم خلافا لاحمد للعرف والعادة وأما انه لا يستعمل استعمال الشحم ففيه نظر الا أن يراد جميع استعمالاته ﴿فروع﴾ حلف لا يأكل لحم شاة فأكل لحم عنز يحنث وقال أبو الليث لا يحنث مصريا كان الحالف أو قرويا وعليه الفتوى لتغير العرف فيه ولو حلف لا يأكل لحم بقر فأكل لحم الجاموس يحنث لا فى عكسه لانه نوع لا يتناول الاعم وفى فتاوى قاضيخان ينبغى أن لا يحنث فى الفصلين لان الناس يفرقون بينهما ولو حلف لا يأكل طعاما سماه فمضغه حتى دخل جوفه شئ من مائه ثم ألقاه لا يحنث ولو فعل هذا فى العنب فازدرد فان رمى القشر والحب وابتلع الماء لا يحنث وان رمى قشره فقط وابتلع الماء والحب حنث لانه أكل الاكثر ولو حلف لا يأكل شيأ من الحلوى فأى شئ أكله من الحلوى من الخبيص أو العسل أو السكر أو الناطف حنث ذكره فى الاصل قال الامام النسفى فى شرح الشافى هذا فى عرفهم أما فى عرفنا لا يحنث بالعسل والسكر والخبيص ولو حلف لا يأكل ملحا فأكل طعاما مالحا يحنث كما لو حلف لا يأكل الفلفل فأكل طعاما فيه فلفل ان وجد طعم الفلفل يحنث والفقيه يفرق بين الملح والفلفل فى الفلفل يحنث لان عينه غير مأكول فينصرف اليمين الى ما يتخذ فيه بخلاف الملح فلا يحنث ما لم يأكل عينه مفردا أو مع غيره الا اذا كان وقت الحلف دلالة على صرفه الى الطعام المالح وبقول الفقيه يفتى وفى الخلاصة فيمن حلف لا يأكل من ملح ختنه فأخذ ماء وملحا وجعلهما فى العجين لا يحنث لانه تلاشى ولو حلف لا يأكل لبنا فطبخ بارزا فأكله ذكر النسفى لا يحنث وان رؤيت عينه ولم يجعل فيه ماء وفى مجموع النوازل اذا كان يرى عينه ويوجد طعمه يحنث ولو حلف لا يأكل زعفرانا فأكل كعكا على وجهه زعفران يحنث ولو حلف لا يأكل هذا السمن فجعله خبيصا فأكله يحنث الا اذا وجد طعمه ولم ير عينه فلا يحنث وكذا على هذا التمر اذا حلف لا يأكله فجعله عصيدة فأكلها لا يحنث وفى أكل هذا السكر لا يحنث بمص مائه ولا يأكل لحما يشتريه فلان فأكل من لحم سخلة اشتراها فلان لا يحنث وعلى أن ليس

(ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة وقالا ان أكل من خبزها حنث أيضا) لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة ان له حقيقة مستعملة فانها تقلى وتغلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الخبز حنث أيضا

في بيته مرقة وهي في بيته قليلة لا يعدها اذا علم بها أو كثيرة فاسدة لا يحنث ولا يأكل من هذا القدر وقد غرف منه شئ قبل اليمين لا يحنث بأكله كما لو حنث الحالف على طعامها ما طبخه غيرها وفي التجريد قيل اسم الطبخ يقع بوضع القدر لا بايقاد النار وقيل لو أوقد غيرها فوضعت هي القدر لا يحنث اه وفي عرفنا ليس واضع القدر طابخا قطعا ومجرد الايقاد كذلك ومثله يسمى صبي الطباخ يعني معينه والطباخ هو المركب بوضع التوابل وان لم يوقد وفي المنتقى عن محمد حلف على مال يؤكل أن لا يأكله فاشترى به ما يؤكل فأكله حنث ولو حلف على ما يؤكل فاشترى به ما يؤكل فأكله لا يحنث فعقد اليمين في الاول على بدله حلف لا يأكل مما يملكه فلان فأكل منه بعد خروجه عن ملكه لا يحنث وكذا مما اشتراه اذا باعه فأكله وكذا من ميراثه اذا أخرجه الوارث عن ملكه ويحنث قبله بخلاف ما زرع فلان يحنث به عند الزارع ومن اشترى منه لان الزرع لا ينسخه الشراء أما لو اشترى شخص ذلك الزرع فبذره وأكل منه لا يحنث ومثله من طعام يصنعه فلان فصنعه وباعه فأكل يحنث وكذا من كسب فلان فاكتسب ومات فورث عنه فأكله حنث ولو انتقل بشراء أو هبة أو وصية ونحوها لم يحنث ولا يشتري ثوبا مسه فلان فمسه فباعه منه حنث حلف لا يأكل حراما فاشترى بدرهم غصب طعاما فأكله لا يحنث لما عرف أن الثمن انما يثبت في الذمة فيصير عليه اثم الدرهم اما لو أكل خبزا غصبه حنث ولو اشترى بذلك الخبز لحما لا يحنث يعني اذا أكل اللحم ولو أكل لحم كلب أو قرد لا يحنث عند أسد بن عمرو وقال نصر به نأخذ وقال الحسن كله حرام قال الفقيه أبو الليث ما كان فيه اختلاف العلماء لا يكون حراما مطلقا وهو حسن ولو اضطر لا كل الحرام أو الميتة اختلفوا والمختار يحنث وعن محمد روايتان ولو كان المغصوب برا فطحنه ان أعطى مثله قبل أن يأكله لم يحنث وان أكله قبل ذلك حنث لان الحرمة ثابتة ما لم يؤد الضمان وفي الاجناس المعتوه والمكره اذا فعلا شيأ حراما فهو ليس بحلال لهما ولو أكل من الكرم الذي دفعه معاملة لا يحنث أما عندهما فلا يشكل وعنده كذلك لانه عقد فاسد فانما أكل ملك نفسه (قوله ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة) يعني ولا نية له (لم يحنث حتى يقضمها) غير نيئة ولو قضمها نيئة لم يحنث وكذا لو أكل من خبزها أو دقيقها أو سويقها وهو قول الشافعي وقالا ان أكل من خبزها أيضا حنث لان الاكل من خبزها مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة أن له حقيقة مستعملة يعني يستعمل لفظ أكل الحنطة حقيقة أي في معناه الحقيقي وهو أن يأكل عين الحنطة فانه معنى ثابت فان الناس يغلون الحنطة ويأكلونها وهي التي تسمى في عرف بلادنا بليلة وتقلى أي توضع جافة في القدر ثم تؤكل قضما وليس المراد حقيقة القضم بخصوصها وهو الاكل بأطراف الاسنان بل أن يأكل عينها بأطراف الاسنان أو بسطوحها فاذا ثبت للفظ حقيقة مستعملة فهي أولى عند أبي حنيفة من المجاز المتعارف وهو أن يراد بأكل الحنطة أكل خبزها وصار كما اذا حلف لا يأكل من هذه البقرة أو الشاة فأكل لبنها أو سمنها أو زبدها أو من هذه البيضة فأكل من فرخها لا يحنث لانعقاد اليمين على عينها اذ كان مأكولا وهما يعكسان هذا الاصل ويريان المجاز المتعارف أولى ورجح قولهما بأن المتكلم انما يريد العرف فاذا لم يكن له نية انصرف اليه بخلاف مسئلة البقرة والبيضة فانه ليس للفظ مجاز أشهر ليرجح على الحقيقة والذي يغلب أن التعارف والاكثر به لوجود المعنى وهو نفس فعل أكل خبز الحنطة لا لاستعمال لفظ أكلت اليوم الحنطة أولا آكل حنطة فيه بل لفظ أكلت حنطة

وقوله (ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها) والقضم الاكل بأطراف الاسنان من باب لبس وانما وضع المسئلة في الحنطة المعينة لانه اذا عقد يمينه على أكل حنطة لا بعينها ينبغي أن يكون الجواب على قول أبي حنيفة كالجواب عندهما قال في النهاية هكذا ذكر شيخ الاسلام في أيمان الاصل وهذه المسئلة على أوجه أحدها أن لا يأكل حبا كما هي فأكل من خبزها أو سويقها لا يحنث بالاتفاق لانه أراد حقيقة كلامه فيتقيد اليمين بها والثاني أن ينوي أن لا يأكل ما يتخذ منها لا يحنث بأكل عينها كذلك والثالث أن لا يكون له نية فأكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة خلافا لهما والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب ومبناه على أن الحقيقة المستعملة عنده أولى من المجاز المتعارف وعندهما بالعكس وموضعه أصول الفقه

يحتمل

(ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث) لان عينه غير مأكول فانصرف الى ما يتخذ منه (ولو استفه كما هو لا يحنث) هو الصحيح لتعين المجاز مرادا (ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزا) وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان (ولو أكل من خبز القطائف لا يحنث) لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه محتمل كلامه (وكذا لو أكل خبز الارز بالعراق لم يحنث) لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان أو في بلدة طعامهم ذلك يحنث

يحتمل أن يراد به أكل عينها كما يراد ما يخبز من دقيقها فيترجح قول أبي حنيفة لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز لا يقال أكثرية المعنى توجب أكثرية اللفظ الذي يدل به عليه لانا نقول لا يلزم ذلك الا اذا لم يكن الا لفظ واحد يدل به وليس هنا كذلك لانه يقال أكلت خبز الحنطة ويقال أكلت الحنطة بل الآن لا يتعارف في أكل الخبز منها الا لفظ آخر وهو أكلت الخبز اللهم الا أن ينوي أكل الخبز فيحنث به لا بالقضم أو القضم فلا يحنث بأكل الخبز اتفاقا والقضم يقضم بكسر العين في الماضي وفتحها في المستقبل وقوله هو الصحيح احترازا عن رواية الاصل انه لا يحنث عندهما اذا قضمها وصححها في الذخيرة ورجح شمس الائمة وقاضيخان رواية الجامع انه يحنث قال المصنف واليه الاشارة بقوله حنث في الخبز أيضا فانه يفيد أنه يحنث بالقضم ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازا بل يكون من عموم المجاز كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول زحفا لجعله مجازا في الدخول ولو أكل من سويقها حنث عند محمد خلافا لابي يوسف فيحتاج أبو يوسف الى الفرق بين الخبز والسويق والفرق ان الحنطة اذا ذكرت مقرونة بالاكل يراد بها الخبز دون السويق ومحمد اعتبر عموم المجاز وهذا الخلاف اذا حلف على حنطة معينة أما لو حلف لا يأكل حنطة ينبغي أن يكون جوابه كجوابهما ذكره شيخ الاسلام ولا يخفى انه تحكم والدليل المذكور المتفق على ايراده في جميع الكتب يعم المعينة والمنكرة وهو أن عينها مأكول (قوله ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث لان عينه غير مأكول فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه) فيحنث بعصيدته وفي النوازل لو اتخذ منه خبيصا أخاف ان يحنث فلو استف عينه لا يحنث لتعين المجاز وهو ما يتخذ منه مرادا في العرف فلا يحنث بغيره الا ان ينويه واذا نواه لا يحنث بأكل الخبز وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال يحنث لانه حقيقة كلامه قلنا نعم ولكن حقيقة مهجورة ولما تعين ارادة المجاز سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لأجنبية ان نكحتك فعبدي حر فزنى بها لا يحنث لانصراف يمينه الى العقد فلم يتناول الوطء الا أن ينويه (قوله ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاده أهل مصره خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه المعتاد في غالب البلدان) ولو كان أهل بلده لا يعتادون أكل الشعير لا يحنث به ولو اعتادوا خبز الذرة كالحجاز واليمن حنث بأكله ولا يحنث بأكل القطائف وينبغي أن يحنث بأكل الكماج لانه خبز وزيادة فالاختصاص باسم للزيادة لا للنقص ولا يحنث بالثريد لانه لا يسمى خبزا مطلقا وفي الخلاصة حلف لا يأكل من هذا الخبز فأكله بعد ما تفتت لا يحنث لانه لا يسمى خبزا ولا يحنث بالعصيد والططماج ولا يحنث لو دقه فشربه وعن أبي حنيفة في حيلة أكله أن يدقه فيلقيه في عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا ولا يحنث في خبز الارز الا أن يكون هذا الحالف في بلدة يعتادونه كما في طبرستان والنسبة اليها طبري وهو اسم آمل وأعمالها قال السمعاني سمعت القاضي أبا بكر الانصاري ببغداد يقول انما هي تبرستان لان أهلها كانوا يحاربون بالفاس فعرب فقيل طبرستان وقال القتبي طبرستان معناه بالفارسية أخذ الفاس بيده اليمنى والمراد بالفاس الطبر وهو معرب تبر وهذا لا ينافي ما قال السمعاني بقليل تأمل (قال العبد الضعيف) غفر الله تعالى له وقد سئلت لو أن بدويا اعتاد أكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها أكل خبز الحنطة واستمر هو لا يأكل الا الشعير فحلف لا يأكل خبزا فقلت ينعقد على عرف نفسه فيحنث بالشعير لانه لم ينعقد على عرف الناس الا اذا كان الحالف يتعاطاه

(ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث) بالاتفاق (لان عينه غير مأكول) فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز وهو ما يتخذ منه (ولو استفه) أي أكله من غير مضغ (لا يحنث هو الصحيح) وانما قال هو الصحيح احترازا عن قول بعض مشايخنا انه يحنث لانه أكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر فالحقيقة لا تسقط به وهذا لان عين الدقيق مأكول والاصح أنه لا يحنث لان هذه الحقيقة مهجورة ولما انصرفت اليمين الى ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبدي حر فزنى بها لم يحنث لان يمينه لما انصرف الى العقد لم يتناول حقيقة الوطء وقوله (ولو حلف لا يأكل خبزا) على ما ذكره ظاهر وطبرستان هي آمل وولايتها وقيل أصلها تبرستان لان أهلها يحاربون بالتبر وهو الفاس فعربوه الى طبرستان

وقوله (ولوحلف لايأ كل الشواء) ظاهر وقوله (وهذا لان التعميم متعذر) لان الدواء المسهل مطبوخ ونحن نعلم بيقين أنه لم يرد ذلك (فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء) قالوا قيد بقوله بالماء لان القلية اليابسة لا تسمى مطبوخا فلا يحنث بأ كلها (ومن حلف لايأ كل الرؤس فيمينه على مايكبس فى التنانير) أى يطم به التنور يعنى يدخل فيه من كبس الرجل رأسه فى جيب قميصه اذا أدخله فيه (ويباع فى المصر) لان رأس الجراد رأس حقيقة وليس بمراد فيصرف الى المجاز المتعارف وفسره فى الجامع الصغير على ماذكر فى الكتاب واعترض على هذا بأن لحم الخنزير والانسان لايباع فى الاسواق ومع ذلك يحنث بالاكل اذا حلف لايأ كل لحما وأجيب بما حاصله الفرق بأن الرأس غير مأكول بجميع أجزائه لان منها العظم فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز المتعارف وهو مايكبس فى التنانير ويباع فى الاسواق وأما اللحم فيؤ كل بجميع أجزائه فكانت الحقيقة ممكنة فلا تترك فيحنث بأ كل لحم الانسان والخنزير فان قلت الحقيقة ان لم تكن متعذرة فهى مهجورة شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة وفى المهجور شرعا يصار الى المجاز كما فى المهجور عادة قلت المهجور شرعا هو الذى لايكون شئ من افراده معمولا به كالحلف على ترك كلام الصبى وهنا ليس كذلك فان قيل سلمنا ذلك لكن لا يطرد فى الشراء فان الرأس يشترى بجميع أجزائه فلم تكن الحقيقة متعذرة وأجيب بأن من الرؤس مالا يجوز اضافة الشراء اليه كرأس النمل والذباب والآدمى فكانت متعذرة حقيقة

(ولوحلف لايأ كل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر) لانه يراد به اللحم المشوى عند الاطلاق الا أن ينوى مايشوى من بيض أوغيره لمكان الحقيقة (وان حلف لايأ كل الطبيخ فهو على مايطبخ من اللحم) وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان أ كل من مرقه يحنث لما فيه من أجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا (ومن حلف لايأ كل الرؤس فيمينه على مايكبس فى التنانير ويباع فى المصر) ويقال يكنس (وفى الجامع الصغير لوحلف لايأ كل رأسا فهو على رؤس البقر والغنم عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف فى زمنه فيهما وفى زمنهما فى الغنم خاصة وفى زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور فى المختصر

فهو منهم فيه فيصرف كلامه اليه لذلك وهذا منتف فيمن لم يوافقهم بل هو مجانب لهم (قوله ولوحلف لايأ كل شواء فهو على اللحم فقط دون الباذنجان والجزر) المشويين لانه يراد به فى العرف ذلك عند الاطلاق الا أن ينوى غير ذلك مما يشوى من بيض أوغير ذلك كالفول الاخضر الذى يسمى فى عرفنا شوى العرب وقولنا فى ذلك قول أحمد (قوله ولوحلف لايأ كل الطبيخ فهو على مايطبخ من اللحم) يعنى بالماء حتى ان مايتخذ قلية من اللحم لايسمى طبيخا فلا يحنث به وهذا استحسان بالعرف لان التعميم متعذر لان الدواء مما يطبخ وكذا الفول الذى يسمى فى عرفنا الفول الحار ولا يقال لآكله آكل طبيخا فينصرف الى خاص هو أخص الخصوص وهو اللحم المطبوخ بمرق وهو متعارف الا أن ينوى غيره من الباذنجان مما يطبخ فيحنث به وهذا يقتضى أن لايحنث بالارز المطبوخ بلا لحم وفى الخلاصة يحنث بالارز اذا طبخ بودك فانه يسمى طبيخا بخلاف مالو طبخ بزيت أوسمن قال ابن سماعة الطبيخ يقع على الشحم أيضا ولاشك أن اللحم بالماء طبيخ وانما الكلام فى أنه هو المتعارف الظاهر أنه لايختص به ولو أكل من مرق اللحم حنث قال المصنف لما فيه من أجزاء اللحم وهذا يقتضى أن من حلف لايأ كل لحما فأ كل المرق الذى طبخ فيه اللحم حنث وقدمنا من المنقول خلافه والوجه ماذكره ثانيا من قوله ولانه يسمى طبيخا يعنى فى العرف بخلاف مرق اللحم فانه لايسمى لحما فى العرف (قوله ومن حلف لايأ كل الرؤس فيمينه على مايكبس فى التنانير) فى تلك البلدة ويباع فيها من رؤس الابل والبقر والغنم وفى الجامع الصغير لوحلف لايأ كل رأسا فهو على رؤس البقر والغنم عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر فكان العرف فى زمنه فيهما ثم صار فى البقر والغنم فرجع أبو حنيفة عن انعقاده فى حق رؤس الابل وفى زمانهما فى الغنم خاصة فوجب على المفتى أن يفتى بما هو المعتاد فى كل مصر وقع فيه حلف الحالف كما هو فى مختصر القدورى رحمه الله وأورد أن العادة كما هى فى الرؤس مقتصرة على رؤس الغنم أو البقر معها كذلك فى اللحم مقتصرة على لحم مايحل اذ لم تجر العادة ببيع لحم الآدمى والخنزير وأ كله مع أن اليمين انعقدت باعتبارهما حنث بأ كل لحمهما اذا حلف لايأ كل لحما أجيب بأن الاصل فى جنس هذه المسائل أنه فيها يجب العمل بالحقيقة يعنى اللغوية فان لم يمكن وجب اعتبار التعارف حينئذ واللحم يمكن فيه أ كل كل مايسمى لحما فانعقد باعتباره بخلاف الرؤس لايمكن أ كل حقيقتها اذ هى مجموع العظم مع اللحم فيصير الى المتعارف ونقض بالشراء فانه يمكن فى الرؤس على العموم ومع ذلك لم ينعقد يمين الشراء على العموم فيها أجيب بالمنع بل من الرؤس مالايمكن بيعه كرأس الآدمى وبهذا خرج الجواب عما أورد على مسئلة الحلف لايركب دابة أنه لايحنث اذا ركب كافرا وهو دابة

(قوله قلت المهجور شرعا الخ) أقول ويمكن أن يجاب بوجه آخر

(ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا أو قثاء أو خيارا لم يحنث وان أكل تفاحا أو بطيخا أو مشمشا حنث وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد حنث في العنب والرطب والرمان أيضا) والاصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده أي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد أن يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح وأخواته فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا وأكلا فلا يحنث بهما وأما العنب والرطب والرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فأوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل أو من الاقوات

حقيقة فأمكن العمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجر على عمومه فان امكان العمل بحقيقة عمومه منتف اذ من الدواب النمل وما هو أصغر منها ولا يمكن ركوبه فيصير الى المتعارف وهذا يهدم ما تقدم من أن المتكلم انما يتكلم بالعرف الذي به التخاطب فوجب عند عدم نيته أن يحكم بأن المراد ما عليه العرف وتقدم تصحيح العتابي وغيره في لحم الخنزير والآدمي عدم الحنث وليس الابتناء على هذا الاصل ولو كان هذا الاصل المذكور منظورا اليه لما تجاسر أحد على خلافه في الفروع (قوله ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا أو قثاء أو خيارا لم يحنث وان أكل تفاحا أو بطيخا أو مشمشا حنث) وكذا يحنث بالخوخ والسفرجل والاجاص والكمثرى وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يحنث في العنب والرطب والرمان أيضا والاصل المتفق عليه أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده أي يتنعم ويتلذذ به زيادة على المعتاد من الغذاء الاصلي ولهذا يقال النار فاكهة الشتاء والمزاح فاكهة والرطب واليابس فيه أي في معنى التفكه سواء بعد أن يكون التفكه به معتادا في الحالين فان خصت العادة التفكه باحدى الحالتين دون الأخرى كالبطيخ فانها خصت التفكه به في حال رطوبته دون حال يبسه لم يحنث بأكله يابسا وهذا المعنى أي معنى التفكه بأن يؤكل زيادة على الغذاء موجود في التفاح والبطيخ والمشمش فيحنث بها اتفاقا وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا وأكلا حتى يوضعان على المائدة كما يوضع البقل ونحوه فلا يحنث بهما اتفاقا وأما العنب والرطب والرمان وهي محل الخلاف فوجه قولهما ان معنى التفكه موجود فيها بل هي أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها من الفواكه فيحنث بها وأبو حنيفة يقول هي مما يتغذى بها منفردة حتى يستغني بها في الجملة في قيام البدن ومقرونة مع الخبز ويتداوى ببعضها كالرمان في بعض عوارض البدن ولا ينكر أنها يتفكه بها ولكن لما كانت قد تستعمل أصالة لحاجة البقاء قصر معنى التفكه فلا يحنث بأحدها الا أن ينويه فيحنث بالثلاثة اتفاقا ولهذا كان اليابس منها من التوابل كحب الرمان ومن الاقوات وهو التمر والزبيب والمشايخ قالوا هذا اختلاف زمان ففي زمانه لا يعدونها من الفواكه فأفتى على حسب ذلك وفي زمانهما عدت منها فأفتيا به فان قيل الاستدلال المذكور لابي حنيفة يخالف هذا الجمع فان مبنى هذا العرف والاستدلال المذكور صريح في أن مبناه اللغة حيث قال الفاكهة ما يتفكه به ولا شك أن ذلك لغة والتفكه بالشئ ما يتنعم به زيادة على المحتاج اليه أصالة وهذا معنى اللغة واستعمال العنب وأخويه ليس كذلك دائما فقصر الخ أمكن الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم خالفها في زمانهما فان قيل وفيه دليل على عدم ما ذكرتم فان ما ذكرتم أن المعتبر اللغة الا أن لا يمكن فيعتبر العرف فان هذا يدل على عدم

حنث وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث في العنب والرطب والرمان أيضا يعني لا في القثاء والخيار وكانت المسئلة على ثلاثة أوجه في وجه يحنث بالاتفاق وهو أن يقع عينه على ثمر كل شجر سوى العنب والرطب والرمان ويستوي في ذلك الرطب واليابس وفي وجه لا يحنث بالاتفاق وهو أن يأكل الخيار والقثاء لانه يؤكل مع البقول وفي وجه اختلفوا فيه وهو العنب والرطب والرمان اذا لم تكن له نية وكلامه ظاهر الا ما نذكره فقوله زيادة على المعتاد أي على الغذاء الاصلي حتى تسمى النار فاكهة والمزاح فاكهة لوجود زيادة التنعم فيها وقوله (والرطب واليابس فيه سواء) يعني أن ما كان فاكهة لا فرق فيه بين رطبه ويابسه ويابس هذه الاشياء لا يعد فاكهة فيجب أن يكون رطبها كذلك وقوله (لانهما من البقول بيعا) فان بائع البقول هو الذي يبيعها لا غير وأما أكلا فانهما يوضعان على الموائد حيث يوضع النعناع والبصل وقوله (ان هذه الاشياء مما يتغذى بها) يعني العنب والرطب (ويتداوى بها) يعني الرمان

(ولهذا كان اليابس منها من التوابل) كيابس الرمان (أو من الاقوات) كيابس العنب فالتوابل جمع التابل بفتح الباء وكسرها والاصل في هذا أن اللفظ اذا أطلق على أفراد في بعضها دلالة على زيادة معنى ليس في مفهوم اشتقاقه لم يتناوله كما تقدم في صورة النقصان في اللحم

قال (ولوحلف لا يأتدم فكل شئ اصطبغ به) اصطبغ على بناء المفعول كذا كان مقيدا بخط الثقات وهو افتعل من الصبغ و يقال اصطبغ بالخل وفي الخل ولا يقال اصطبغ (٥٤) الخبز بالخل (ولوحلف لا يأتدم) أي لا يأكل اداما (فكل شئ اصطبغ به فهو ادام) ولا ينعكس فالخل والزيت واللبن والملح والزبد ادام والشواء ليس بادام (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) في رواية الاصل (وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن أبي يوسف) وحاصل ذلك على ثلاثة أوجه ما يصطبغ به فهو ادام بالاتفاق والبطيخ والعنب والتمر وأمثالها مما يؤكل وحده غالبا ليس بادام بالاتفاق وفي البيض واللحم والجبن اختلاف جعلها محمد اداما خلافا لهما لمحمد أن الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما أن الادام ما يؤكل تبعا في العرف والعادة والتبعية على نوعين حقيقية وذلك في الاختلاط لتكون قائمة به وحكمية وهي أن لا تؤكل على الانفراد واللحم لا يختلط فلا يكون تبعا حقيقة ويؤكل منفردا فلا يكون تبعا حكما فلا يكون اداما وقوله (وتمام الموافقة بالامتزاج) جواب عن قوله لان الادام من المؤادمة يعني سلمناه ولكن المؤادمة التامة الكاملة في الامتزاج أيضا ولم توجد في هذه الاشياء الا أن ينويه لما فيه من التشديد بخلاف الخل وغيره من المائعات فانها لا تؤكل وحدها بل تشرب والملح لا يؤكل وحده ويذوب فيتبع فكان اداما (والعنب والبطيخ ليسا بادام) يعني بالاتفاق لما ذكرنا (هو الصحيح) كذا ذكر شمس الائمة السرخسي وقال بعض مشايخنا انه على هذا الاختلاف

اسمه

(ولوحلف لا يأتدم فكل شئ اصطبغ به فهو ادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد كل ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام) وهو رواية عن أبي يوسف لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي أن لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج أيضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحده بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده الا أن ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح

اعتبارهما ذلك فالجواب أنه غير لازم لجواز أن يمنعا كون الاستقلال به أحيانا بالنسبة الى بعض الناس يؤثر في نقص كونه مما ينفك به (قوله ومن حلف لا يأتدم فكل شئ اصطبغ به فهو ادام) كالخل والزيت والعسل واللبن والزبد والسمن والمرق والملح لانه يؤل الى الذوب في الفم ويحصل به صبغ الخبز واصطبغ مبني للمفعول وهو افتعال من الصبغ ولما كان ثلاثيه وهو صبغ متعديا الى واحد جاء الافتعال منه لازما فلا يقال اصطبغ الخبز لانه لا يصل الى المفعول بنفسه حتى يقام مقام الفاعل اذا بني الفعل له فانما يقام غيره من الجار والمجرور ونحوه فلذا يقال اصطبغ به ولا يقال اصطبغ الخبز وما لم يصبغ الخبز ماله جرم بجرم الخبز وهو بحيث يؤكل وحده ليس بادام كاللحم والبيض والتمر والزبيب وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن أبي يوسف وقول الشافعي وأحمد رحمهم الله والحاصل أن ما يصبغ به كالخل وما ذكرنا ادام بالاجماع وما يؤكل وحده غالبا كالبطيخ والعنب والتمر والزبيب وأمثالها ليس اداما بالاجماع أي بالاتفاق على ما هو الصحيح في البطيخ والعنب كما ذكره المصنف خلافا لما قيل انهما على الخلاف وممن صحح الاتفاق شمس الائمة وفي المحيط قال محمد التمر والجوز ليسا بادام وكذا العنب والبطيخ والبقل وكذا سائر الفواكه ولو كان في بلد يؤكلان تبعا للخبز يكون اداما أما البقول فليست بادام بالاتفاق لان آكلها لا يسمى مؤتدما الا ما قد يقال في أهل الحجاز بالنسبة الى أكلهم الكراث وعند الشافعي البقول والبصل وسائر الثمار ادام وفي التمر عنده وجهان في وجه ادام لما روى أنه صلى الله عليه وسلم وضع تمرة على كسرة وقال هذه ادام هذه رواه أبو داود وفي وجه آخر ليس اداما لانه فاكهة كالزبيب واختلفوا في الجبن والبيض واللحم فجعلها محمد اداما لانها لا تؤكل وحدها غالبا فكانت تبعا للخبز وموافقة له والمؤادمة الموافقة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة حين خطب امرأة لو نظرت اليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما أي يوفق فما يؤكل غالبا تبعا للخبز موافقا له ادام والجبن وأخواه كذلك ويؤيده ما روى عنه صلى الله عليه وسلم سيد الادام في الدنيا والآخرة اللحم وقال سيد ادامكم اللحم رواه ابن ماجه ويقال ان ملك الروم كتب الى معاوية أن ابعث الي بشر ادام على يد شر رجل فبعث اليه جبنا على يد رجل يسكن في بيت أصهاره وهو من أهل اللسان وبقول محمد أخذ الفقيه أبو الليث ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا فما يؤكل وحده ولو أحيانا ليس اداما وهذا لانه من المؤادمة وهي الموافقة وذلك بان يصير مع الخبز كشئ واحد وهي بان يقوم به قيام الصبغ بالثوب وهو أن ينغمس فيه جسمه اذ حقيقة القيام غير مرادة لان الخل ونحوه ليس عرضا يقوم بالجوهر والاجرام المذكورة من البيض وما معه ليس كذلك فليست بادام ويرد عليه أنه ان اعتبر في مسمى الادام ما بحيث يؤكل تبعا للخبز موافقا سلمناه ولا يستلزم نفي ما ذكر لانه كذلك وان اعتبر فيه كونه لا يؤكل الا تبعا منعناه نعم ما لا يؤكل الا تبعا موافقا أكمل في مسمى الادام لكن الادام لا يخص

(واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلاة الظهر الى نصف الليل) لان ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا تسمى الظهر احدى صلاتى العشاء فى الحديث (والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر) لانه مأخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه

اسمه الاكل منه واستدل لابى حنيفة وأبى يوسف أيضا بانه يرفع الى الفم وحده بعد الخبز أو قبله فلا تتحقق التبعية بخلاف المصطبغ به وأجيب عن الحديث بان كونه سيد الادام لا يستلزم كونه اداما اذ قد يقال فى الخليفة سيد العجم وليس هو منهم وأما حكاية معاوية فيتوقف الاستدلال بها على صحتها وهى بعيدة منها اذ يبعد من امام عالم أن يتكلف ارسال شخص الى بلاد الروم ملتزما المؤنته لغرض مهمل لكافر والسكنى فى بيت الصهر فقط لا يوجب أن يكون الساكن شر رجل فآثار البطلان تلوح على هذه القصة ودفع الاستدلال لهما بان المعتبر التبعية فى الاكل والاكل هو فعل الفم والحلق وهما مختلطان فيه ثمة فتحصل التبعية حينئذ ويدفع بان كون التبعية فى الفم بعد رفع كل على حدته تحكم اذ هما فيه اذا جسمان متكافئان لا يكون أحدهما تبعا للآخر بخلاف ما رفع صبغا للخبز فان المقصود به سد الجوع بالخبز لا بالصبغ وأما الجسمان المتكافئان فكل يصلح لرفع الجوع غير مفتقر الى الآخر فى رفعه قال التمرتاشى وهذا الاختلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لا يأكل الارغيفا فأكل معه البيض ونحوه لم يحنث عندهما وحنث عند محمد (قوله واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء) بفتح العين والمد (من صلاة الظهر الى نصف الليل) وهذا تساهل معروف المعنى لا يعترض به فان الغداء والعشاء اسم لما يؤكل فى الوقتين لا للاكل فيهما فالوجه أن يقال فالتغدى الاكل من طلوع الفجر والتعشى الاكل من الظهر الخ لان ما بعد الظهر (١) يسمى عشاء بكسر العين ولهذا تسمى الظهر احدى صلاتى العشاء فى الحديث اذ فى الصحيحين من رواية أبى هريرة صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتى العشاء وفسرت بانها الظهر فى بعض الروايات هذا وتفسير التغدى بالاكل من الفجر الى آخره مذكور فى التجريد وفى الخلاصة ووقت التغدى من طلوع الشمس الى الزوال ويشبه كونه نقلا عن الفتاوى الصغرى وفيها التسحر بعد ذهاب ثلثى الليل ويوافقه ما عن محمد فيمن حلف لا يكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فكلمه لم يحنث وقال الاسبيجابى فى شرح الطحاوى وقت الغداء من طلوع الشمس الى وقت الزوال ووقت العشاء من بعد الزوال الى أن يمضى أكثر الليل ووقت السحور من مضى أكثر الليل الى طلوع الفجر ثم قال هذا فى عرفهم وأما فى عرفنا وقت العشاء من بعد صلاة العصر انتهى فعرفهم كان موافقا للغة لان الغدوة اسم لاول النهار وما قبل الزوال أوله فالاكل فيه تغد وقد أطلق على السحور غداء فى قوله صلى الله عليه وسلم لعرباض بن سارية هلم الى الغداء المبارك وليس الا مجازا لقربه من الغداة وكذا السحور لما كان لا يؤكل فى السحر والسحر من الثلث الاخير سمى ما يؤكل فى النصف الثانى لقربه من الثلث الاخير سحورا بفتح السين والاكل فيه تسحرا والتضحى الاكل فى وقت الضحى ويسمى الضحاء أيضا بالفتح والمد ووقت الضحى من حين تحل الصلاة الى أن تزول وأصل هذه فى مسائل القضاء قال السرخسى فيمن حلف ليعطين فلانا حقه ضحوة فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس الى أن تزول وان قال عند طلوع الشمس أو حتى تطلع فله من حين تطلع الى أن تبيض لان صاحب الشرع نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس والنهى يمتد الى أن تبيض والمساء مساآن أحدهما ما بعد الزوال والآخر بعد غروب الشمس فايهما نوى صحت نيته وعلى هذا لو حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسى ولا نية له فهو على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على المساء الثانى وهو ما بعد الغروب وذكر الولوالجى والضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التى تحل فيها الصلاة الى نصف النهار والتصبيح ما بين طلوع الشمس الى ارتفاع الضحوة يعنى الكبرى لانه من

وقوله (واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر) قال فى النهاية هذا توسع فى العبارة ومعناه أكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف وذلك لان الغدا اسم لطعام الغداة لا اسم أكل وقوله (ولهذا تسمى الظهر احدى صلاتى العشاء فى الحديث) ذكر فى الايضاح فى باب الحلف على الغداء فقال فانه ورد فى الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى احدى صلاتى العشاء ركعتين يريد به الراوى الظهر أو العصر

---

(١) قول الكمال يسمى عشاء بكسر العين قال فى النهر وكأنه تحريف والصواب عشيا بفتح العين مع ياء بعد الشين اه كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوى قال مصححه الفقير محمد البلبيسى هو تحريف يقينا فصوابه العشى فيه وفيما بعده وفى حديث الصحيحين احدى صلاتى العشى لا العشاء كما ظهر بالمراجعة فليحذر ما وقع فى نسخ الهداية وحواشيها من التحريف والله الهادى

ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة أهل كل بلدة فى حقهم ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع (ومن قال ان لبست أو أكلت أو شربت فعبدى حر وقال عنيت شيأ دون شئ لم يدين فى القضاء وغيره) لان النية انما تصح فى الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لاعموم له فلغت نية التخصيص فيه (وان قال ان لبست ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت شرابا لم يدين فى القضاء خاصة) لانه نكرة فى محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا أنه خلاف الظاهر فلا يدين فى القضاء

الاصباح وهذا يعرف بتسمية أهل اللغة ولو حلف لياتينه غدوة فهذا بعد طلوع الفجر الى نصف النهار (قوله ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة) وكذا السحور فلو أكل لقمة أو لقمتين أو أكثر مما لم يبلغ نصف الشبع لا يحنث بحلفه ما تغديت ولا تعشيت ولا تسحرت ويرد أنه صلى الله عليه وسلم قال فى رواية الترمذى تعشوا ولو بكف من حشف فان ترك العشاء مهرمة ومعلوم أن كفا من حشف لا يبلغ فى العادة نصف الشبع وأجيب بان العرف الطارئ يفيد أنه مع الشبع للقطع بقولهم ما تغديت اليوم أو ما تعشيت البارحة وان كان أكل لقمة أو لقمتين وكذا يعتبر فى الغداء وأخويه فى حق أهل كل بلد ما يعتادونه من مأكولهم فلو كان عادتهم أكل الخبز فى الغداء أو اللحم أو اللبن ينصرف اليه حتى ان الحضرى اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوى يحنث لانه غداء أهل البادية ولو أكل غير الخبز من أرز أو تمر أو غيرهما مما هو غير معتاد التغذى به حتى شبع لم يحنث أيضا (قوله ومن قال ان لبست أو أكلت أو شربت فعبدى حر وقال نويت شيأ دون شئ) من الملبوس أو المأكول أو المشروب فى ان أكلت وان شربت لم تصح نيته لا فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى فأى شئ أكل أو لبس أو شرب حنث وعند الشافعى تصح نيته ديانة وهو رواية عن أبى يوسف واختارها الخصاف لان النية انما تصح فى الملفوظ لتعيين بعض محتملاته والثوب فى ان لبست والمأكول والمشروب فى ان أكلت وان شربت غير مذكور تنصيصا فلم تصادف النية محلها فلغت فان قيل ان لم يكن مذكورا تنصيصا فهو مذكور تقديرا وهو كالمذكور تنصيصا أجيب بأن تقديره لضرورة اقتضاء الاكل مأكولا وكذا اللبس والشرب والمقتضى لاعموم له عندنا ولان ثبوته ضرورى فيتقدر بقدرها والضرورة فى تصحيح الكلام وتصحيحه لا يتوقف الا على مأكول لا على مأكول هو كذا فلا تصح ارادته فمبنى الخلاف فى هذه الفروع بيننا وبين الشافعى الاختلاف فى أن المقتضى لاعموم له أوله عموم على ما ذكروا أما لو قال ان لبست ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت شرابا وقال عنيت شيأ دون شئ فانه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لا فى القضاء لانه ذكر اللفظ العام القابل للتخصيص فصحت نيته وهذا لانه نكرة فى سياق الشرط فتعم لما آلها الى كونها فى سياق النفى بسبب أن الشرط المثبت فى اليمين يكون الحلف على نفيه لان المعنى نفى لبس ثوب فكانه قال لا ألبس ثوبا الا انه خلاف الظاهر فلا يقبله القاضى منه فان قيل يعتبر تخصيصا للمصدر المدلول عليه بالفعل فانه مذكور بذكر الفعل على ما عرف فى الطلاق أجيب بأن المصدر أيضا ضرورى للفعل والضرورة مندفعة بلا تعميم وهذا يخالف ما تقدم فى مسئلة طلقى نفسك حيث جعل المصدر مذكورا بذكر الفعل فقبل العموم حتى صحت نية الثلاث بل الحق على هذا انه عام وكما قلتم فى

وقوله (وتعتبر عادة أهل كل بلد فى حقهم) يعنى ان كانت خبزا فخبز وان كانت لحما فلحم حتى ان الحضرى اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوى بخلافه لانه غداء فى البادية وقوله (ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع) رواه المعلى عن أبى يوسف وهو صحيح لان من أكل لقمة أو لقمتين يصح أن يقول ما تغديت وما تعشيت (ومن قال ان أكلت أو شربت أو لبست فعبدى حر وقال عنيت شيأ دون شئ لم يصدق قضاء) ولا ديانة (لان النية انما تصح فى الملفوظ) لانها التعيين بعض محتملات اللفظ (والثوب وما يضاهيه غير ملفوظ) فلا تصح نيته فان قيل هب انه غير ملفوظ تنصيصا أليس أنه ثابت مقتضى والمقتضى كالملفوظ أجاب بقوله (والمقتضى لاعموم له فلغت نية التخصيص فيه) فان قيل المقتضى أمر شرعى وافتقار الاكل الى الطعام ليس كذلك لانه يعرفه من لم يعرف الشرع قلنا يجوز أن يكون المصنف اختار ما اختاره بعض المحققين من أن المقتضى هو الذى لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقا به لكن يكون من ضرورة اللفظ أعم من أن يكون شرعيا أو عقليا فان قيل سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين ما اذا قال ان خرجت فعبدى حر ونوى السفر فانه يصدق ديانة مع أن السفر أو الخروج غير مذكور لفظا وبينه وبين ما اذا حلف لا يساكن فلانا ونوى به أن لا يساكنه فى بيت واحد فان النية صحيحة مع ان المسكن غير مذكور لفظا حتى لو سكن معه فى الدار لا يحنث أجيب بأن الاولى ممنوعة منعها القضاة الاربع أبو هشيم وأبو خازم وأبو طاهر الدباس والقاضى القمى ولئن سلم فقوله ان خرجت ولا يساكن فعلان يدلان على المصدر لغة وقد وقع الثانى فى صريح النفى والاول فى معناه فتناولا بعمومهما الخروج فى السفر والسكن فجاز تخصيصهما الا أنه خلاف الظاهر فلا يدين فى القضاء قوله

قوله ان خرجت فعبدي حر ونوى السفر مثلا يصدق ديانة فلا يحنث بالخروج الى غيره تخصيص النفس الخروج بخلاف مالو نوى الخروج الى مكان خاص كبغداد حيث لا يصح لان المكان غير مذكور فكذا يراد تخصيص فعل الأكل وهكذا قولكم فيما اذا حلف لا يساكن فلانا ونوى المساكنة في بيت واحد أنه يصح وهو تخصيص للمصدر المضمون للفعل قلنا ذلك المصدر وان عم بسبب انه في سياق النفي لان الفعل في سياقه لكنه لا يقبل التخصيص لان عمومه ضرورة تحقق الفعل في النفي فانه لا يتحقق في خصوص محله الخاص أعني بعد لفظة لا في لا آكل الا بتحقق ذلك المصدر هنالك وما ليس ثبوته الا ضرورة أمر لا يثبت باعتبار غيره ولا يثبت ما هو زائد عليه ومعلوم أن من ضرورة ثبوت الفعل في النفي ثبوت المصدر العام وليس من ضرورة ثبوت الفعل ثبوت التصرف بالتخصيص فلا يقبله بخلاف ان أكلت أكلا فان الاسم حينئذ مذكور صريحا فيقبل نية التخصيص ولا يشكل الفرق لان أكلا المذكور ليس عين الأكل الضمني للفعل الضروري الثبوت فقام المذكور مقام الاسم وقبل التخصيص وأما مسئلة الخروج فقد أنكرها القضاة الاربعة القاضي أبو الهيثم والقاضي أبو خازم والقاضي القمي والقاضي أبو طاهر الدباس وجعلوا ما روى عن محمد فيها على ما لو قال ان خرجت خروجا وكأنها سقطت من الكاتب ومن التزمها أجاب بان الخروج في نفسه متنوع الى سفر وغيره حتى اختلفت أحكامهما فقبلت ارادة أحد نوعيه وبه أجيب عن مسئلة المساكنة فانها متنوعة الى كاملة وهي المساكنة في بيت واحد ومطلقة وهي ما تكون في دار فارادة المساكنة في بيت ارادة أخص أنواعها وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يغتسل أو لا ينكح ثم قال عنيت من جنابة أو امرأة دون امرأة لا يصدق قضاء ولا ديانة لان الاغتسال غير متنوع لانه عبارة عن امرار الماء والتنوع في أسبابه وكذا لا يسكن دار فلان وقال عنيت بأجر ولم يسبق قبل ذلك كلام بأن استأجرها منه أو استعارها فأبى فحلف ينوي السكنى بالاجارة أو الاعارة لا يصح حتى لو سكنها بغير أجر حنث بخلاف ما لو حلف لا يسكن دارا اشتراها فلان وعنى اشتراها لنفسه فانه يصدق لانه أحد نوعي الشراء لانه متنوع الى ما يوجب الملك للمشتري وما يوجبه لغيره فتصح نية أحد النوعين بخلاف السكنى نفسها لانها لا تتنوع لانها ليست الا الكينونة في الدار على وجه القرار وانما تختلف بالصفة ولا يصح تخصيص الصفة لانها لم تذكر بخلاف الجنس وكذا لو حلف لا يتزوج امرأة ونوى كوفية أو بصرية لا يصح لانه تخصيص الصفة ولو نوى حبشية أو عربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لانه تخصيص في الجنس كأن الاختلاف بالنسبة الى الآباء اختلاف بالجنس وبالنسبة الى البلاد اختلاف بالصفة وكأن السر في ذلك والله أعلم أن ذكر لفظ امرأة أو رجل عين ذكر ولد له آباء الى آدم فكأنه قال كل من كان لها أب من ولد آدم وأراد بعض الآباء دون بعض وليس الصفات مذكورة بعين ذكر ولد آدم وان كان لا يخلو الموجود عن صفة فثبوتها مقتضى الوجود لا اللفظ والحق أن الافعال الخارجية لا تتصور أن تكون الا نوعا واحدا الا فرق في ذلك بين الغسل ونحوه ولا بين الخروج ونحوه من الشراء فكما أن اتحاد الغسل بسبب أنه ليس الا امرار الماء كذلك الخروج ليس الا قطع المسافة غير أنه يوصف بالطول والقصر في الزمان فلا تصير منقسمة الى نوعين الا باختلاف الاحكام شرعا فان عند ذلك علمنا اعتبار الشرع اياها كذلك كما في الخروج المختلف الاحكام في السفر وغيره والشراء لنفسه وغيره فانه مختلف حكمهما فحكم بتعدد النوع في ذلك ولا يخفى أن المساكنة والسكنى ليس فيهما اختلاف أحكام الشرع لطائفة منهما بالنسبة الى طائفة أخرى وكل في نفسه نوع لان الكل قرار في المكان ثم اعلم أن التحقيق أن المفعول في لا آكل ولا ألبس ليس من باب المقتضى لان المقتضى ما يقدر لتصحيح المنطوق وذلك بان يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل رفع الخطا والنسيان أو بعدم صحته شرعا مثل أعتق عبدك عني وليس قول القائل لا آكل يحكم بكذب قائله بمجرده ولا متضمنا حكما لا يصح شرعا نعم المفعول أعني المأكول من

(ومن حلف لايشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند أبي حنيفة) وقالا اذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا

ضروريات وجود فعل الا كل ومثله ليس من باب المقتضى والا كان كل كلام كذلك اذ لابد أن يستدعي معناه زمانا ومكانا فكان لا يفرق بين قولنا الخطأ والنسيان مرفوعان وبين قام زيد وجلس عمرو فانما هو من باب حذف المفعول اقتصارا او تناسيا وطائفة من المشايخ وان فرقوا بين المقتضى والمحذوف وجعلوا المحذوف يقبل العموم فلنا أن نقول عمومه لا يقبل التخصيص وقد صرح من المحققين جمع بان من العمومات مالا يقبل التخصيص مثل المعاني اذا قلنا بان العموم من عوارض المعاني كما هو من عوارض الالفاظ وغير ذلك فكذلك هذا المحذوف اذ ليس في حكم المنطوق لتناسيه وعدم الالتفات اليه اذ ليس الغرض الا الاخبار بمجرد الفعل على ما عرف من أن الفعل المتعدى قد ينزل منزلة اللازم لما قلنا والاتفاق على عدم صحة التخصيص في باقي المتعلقات من الزمان والمكان حتى لو نوى لا يأ كل في مكان دون آخر أو زمان لا تصح نيته بالاتفاق ومن صور تخصيص الحال أن يقول لا أ كلم هذا الرجل وهو قائم ونوى في حال قيامه فنيته لغو بخلاف مالو قال لا أ كلم هذا الرجل القائم فان نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى والفرق بان المفعول في حكم المذ كور اذ لا يعقل الفعل الا بعقليته ممنوع بل نقطع بتعقل معنى المتعدى بدون اخطاره فانما هو لازم لوجوده لا مدلول للفظ هذا وكون ارادة نوع ليس تخصيصا من العام مما يقبل المنع لانه لا يخرج عن قصر عام على بعض متناولاته وأقرب الامور اليك قوله لا تقتلوا النساء والصبيان تخصيص لاقتلوا المشركين والنساء نوع مندرج تحت المشركين ومعنى تخصيص النوع ليس الا اخراج جميع أفراده كما نحن فيه تخصيص السفر تخصيص كل ما يصدق عليه اسم السفر فيستمر الاشكال في عين المساكنة والخروج وقد أنكر هذه من ذكرنا ولا يجاب بما ذكر في الذخيرة جوابا عن ايراد قائل لو صحت نية الشراء لنفسه فمن حيث انه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب أن يصدق في القضاء كما في الخروج وكما في قوله أنت بائن قلنا نية الشراء لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه في حق الحقوق لان الشراء لنفسه ولغيره سواء في حق الحقوق فمن هذا الوجه هو شيء واحد وله عموم فاذا نوى أحدهما كان تخصيصا ولكن في حق الملك بيان نوع لانهما مختلفان في حق الملك فوفرنا على الشبهين حظهما فقلناه من حيث انه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وان لم يكن الاسم ملفوظا ومن حيث انه تخصيص لم يجز في القضاء وهذا بخلاف قوله أنت بائن يصح نية أي أنواع البينونة شاء من عصمة النكاح وغيرها لان الاعم في الاثبات لا يعم استغراقا بخلافه في النفي لو قلت رأيت رجلا لا يعم أصناف الرجال استغراقا بخلاف ما رأيت رجلا (قوله ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا) أي يتناول بفمه من نفس النهر عند أبي حنيفة يعني اذا لم تكن له نية أما اذا نوى باناء حنث به اجماعا وقالا ان شرب منها كيفما شرب باناء أو بيده أو كرعا حنث لا فرق بين ذلك وبين قوله من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب من مائها باناء أو كرعا في دجلة أو نهر آخر يأخذ من دجلة لان نسبة الماء اليها ثابتة في جميع هذه الصور وقولهما قول الشافعي وأحمد وجهه أنه هو المتعارف المفهوم من قولنا شربت من دجلة وهو وان كان مجازا اما مجاز حذف أي من ماء دجلة أو مجاز علاقة بان يعبر بدجلة عن مائها وهو أولى من مجاز الحذف لا كثريته بالنسبة اليه ولشهرة جرى النهر مقرونين له بان علاقته المجاورة ثم هو أشهر من أن يراد به نفس الكرع فيصرف اليه فيعم الكرع وغيره كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول كيفما كان بخلاف مالو استلقى وأدخل قدميه فقط لا يحنث لان هذا ليس دخولا واليمين انعقدت عليه وله أن المعنى الحقيقي للكلام الكرع وهو مستعمل

(ومن حلف لايشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا) أي حتى يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب يقال كرع في الماء اذا مد عنقه نحوه ليشرب منه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمة تدخل فيه أكارعها والكراع مستدق الساق وهذا (عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا اذا شرب منها باناء حنث) ومبناه على أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده وعندهما بالعكس أما كون المجاز متعارفا فظاهر فان المفهوم من قولهم أهل فلان يشربون من دجلة انهم يشربون من مائها وأما أن الحقيقة مستعملة فلان الناس يكرعون من الانهار والاودية وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا ولهذا اذا كرع حنث بالاجماع فان قيل لا نسلم أن الحنث في الكرع باعتبار كون الحقيقة مستعملة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله لا يضع قدمه في دار فلان فحينئذ يجب أن يحنث بالشرب بالاناء وغيره لان الحكم في عموم المجاز كذلك فالجواب أن المصير الى عموم المجاز انما يكون بعد تعذر الحقيقة أو هجرانها وقد دل الدليل على كونها مستعملة فلا مصير اليه

(وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث) لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط فصار كما اذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة

للعرب وأهل العرف لان كثيرا من الرعاء وغيرهم من أهل العرف يفعلونه وروى عنه عليه السلام أنه أتى قوما فقال هل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا واذا كان المعنى الحقيقي مستعملا كانت الحقيقة مستعملة فينعقد عليها اليمين لان الحقيقة لما لم تهجر كانت أولى من المجاز ولهذا يحنث بالكرع اجماعا الا أنهما يقولان حنث به باعتبار أنه من أفراد المجاز لا باعتبار ارادة الحقيقة بذلك فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا اهدار هذا القسم وانما قلنا ان الكرع حقيقة اللفظ لان من هنا لابتداء الغاية فالمعنى ابتداء الشرب من نفس دجلة وذلك انما يكون بوضع الفم عليها نفسها فاذا وضع الفم على يده أو كوز ونحوه فيه ماؤها لم يصدق حقيقة اللفظ وهو وضع فمه على نفسها وأما ما في الهداية من أنها للتبعيض فانما يصلح توجيها لقولهما لان المعنى حينئذ لا أشرب بعض ماء دجلة اذ لو أريد حقيقة دجلة لم يكن للكلام معنى لان نفس دجلة وهو الارض المشقوقة نهرا ليس مما يشرب ولو أريد مجاز دجلة وهو ماؤها صحت التبعيض ويصير المراد لا أشرب من ماء دجلة وهو نفس قولهما فيحنث بالكرع وغيره لانه ماء دجلة وعلى هذا فيتجه قولهما بعد الوجه المشهور في تقدم المجاز المتعارف وهو أن الكلام عند عدم قرينة ارادة المعنى الاصلي انصرف الى المشهور منه وان جعلت من للبيان بأن يقال وضع الفم على نفس دجلة لا يفعل (١) وهو الحقيقة على تقدير كونها للابتداء فلزم أن يراد بلفظ دجلة ماؤها وحينئذ جاز أن تكون من للتبعيض فالمعنى لا يشرب بعض ماء دجلة أو للابتداء والمعنى لا يكون ابتداء الشرب من ماء دجلة فيحنث بشرب مائها كرعا وغيره وأما الاستدلال له بقوله تعالى ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه الى قوله الا من اغترف غرفة بيده من جهة أنه يفيد أن ما باليد يخالف الشرب منه فغلط وهو بناء على انه استثناء منقطع والاتصال أولى اذا أمكن وهو ممكن بل المعنى عليه فان المراد أنهم ابتلوا بترك الشرب من النهر شرب كفاية وري فان حاصل المعنى من شرب منه مطلقا قليلا أو كثيرا كافيا فليس مني الا من شرب منه قدر كفه تحقيقا بأن اغترفها والذي انتظم عليه رأي أصحابنا في الدرس في توجيه قول أبي حنيفة رحمه الله أن اسم الدجلة على قول الكل حقيقة في نفس النهر دون الماء وارادة وضع فمه على نفس أجزائه منتف فالمراد ليس الا وضعه على الماء الكائن فيها وحينئذ جاز كون الاسم حقيقة فيه مشتركا أو مجازا فان فرض مشتركا فلا اشكال أن حقيقة اللفظ أعني مجموع التركيب بوضع الفم في مائها حال كونه في خصوص ذلك المحل وان فرض مجازا في هذا الماء فمعنى قوله اللفظ حقيقة مستعملة الخ أن التركيب حقيقة في وصل المعنى الحقيقي للا أشرب بالمعنى المجازي لدجلة وهو الماء الكائن في النهر الخاص وحينئذ جاز كون من للتبعيض والمعنى لا أشرب بعض دجلة أي الماء الخاص في المكان الخاص فظهر امكان كونها للتبعيض مع صحة قوله اللفظ أي التركيب حقيقة مستعملة هي الشرب من نفس الماء الكائن في المكان الخاص ثم يترجح مجازه في المفرد أعني دجلة المستعمل في مائها بقيد كونه في نفس النهر على مجازهما وهو دجلة في مائها لا بهذا القيد حتى حنث بالشرب منه باناء ومن نهر صغير يأخذ منها بأنه مجاز أقرب الى الحقيقة أعني دجلة بمعنى النهر ونظير المسئلتين ما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب الماء الذي فيه في كوز آخر فشرب منه لا يحنث بالاجماع ولو قال من ماء هذا الكوز فصب في كوز آخر فشرب منه حنث بالاجماع وكذا لو قال من هذا الحب أو من ماء هذا الحب فنقل الى حب آخر ولو قال من هذا الحب أو من هذا البئر قال أبو سهل الشرعي لو كان الحب أو البئر ملآن فيمينه على الكرع عند أبي حنيفة رحمه الله لامكان العمل بالحقيقة وعندهما على الاغتراف وينبغي أن يقال على ما هو أعم من الاغتراف وان لم يكن ملآن فيمينه على الاغتراف ولو تكلف في هذه الصورة وكرع من أسفل الحب والبئر اختلفوا والصحيح أنه لا يحنث لعدم

وقوله (ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة) ظاهر

(١) قول الكمال لا يفعل أي لان ارادة وضع الفم على نفس أجزاء النهر منتف كما يأتي كذا بهامش

قال (ومن قال ان لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث) علم عدم الماء فى الكوز أو لم يعلم (فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث (٦٠) عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يحنث فى ذلك كله) أى فيما اذا كان فيه الماء

(ومن قال ان لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يحنث فى ذلك كله) يعنى اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقائه تصور البر عندهما خلافا لأبى يوسف لان اليمين انما تعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه أمكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر فى حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد فى حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة (ولو كانت اليمين مطلقة ففى الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند أبى يوسف يحنث فى الحال وفى الوجه الثانى يحنث فى قولهم جميعا)

وفيما لم يكن وما ذكر من الوجه للجانبين فواضح واعترض على وجههما بأن البر متصور فى صورة الاراقة لان اعادة القطرات المهراقة ممكنة فكان متصورا وأجيب بأن البر انما يجب فى هذه الصورة فى آخر جزء من أجزاء اليوم بحيث لا يسع فيه غيره فلا يمكن القول فيه باعادة الماء فى الكوز وشربه فى ذلك الزمان وقوله (ولو كانت اليمين مطلقة) أى عن ذكر اليوم (ففى الوجه الاول) يعنى فيما اذا لم يكن فى الكوز ماء (لا يحنث عندهما وعنده يحنث فى الحال وفى الوجه الثانى) وهو أن يكون فيه ماء فاهريق (يحنث فى قولهم جميعا

العرف بالكرع فى هذه الحالة ﴿فروع﴾ لو قال لا أشرب من الفرات فشرب من نهر أخذ منه لم يحنث اجماعا أما عنده فلان يمينه على الكرع وأما عندهما فلانه مثل الفرات فى امساك الماء فيقطع النسبة فخرج عن عموم المجاز أما لو قال لا أشرب من ماء الفرات فشرب من نهر أخذ منه حنث لان يمينه على ماء منسوب الى الفرات والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار ولو قال لا أشرب ماء فراتا يحنث بكل ماء عذب فى أى موضع كان ولو حلف لا يشرب من ماء المطر فجرت الدجلة بماء المطر فشرب لم يحنث ولو شرب من ماء واد سال من المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك أو من ماء مطر مستنقع حنث ولو حلف لا يشرب من هذا الماء فانجمد فأكله لا يحنث فان ذاب فشرب حنث قال الفقيه أبو الليث هذا بمنزلة ما اذا حلف لا يجلس على البساط فجعله خرجا فجلس عليه لا يحنث فان فتقه فصار بساطا فجلس عليه حنث وفى فتاوى محمد بن الوليد لا يحنث اذا شربه لانقطاع النسبة الاولى لانتسابه الى الجمد ولو كان فى الحل حنث لان النسبة لا تنقطع ولو حلف لا يشرب من وسط دجلة فوسطه ما لم يطلق عليه اسم الشط وذلك قدر ثلث النهر أو ربعه والظاهر أن هذا لا يتأتى فى النيل لان الشط ينتهى قبل الربع أيضا لسعته ومن حلف لا يشرب نبيذا فهو المسكر من ماء العنب ولو مطبوخا لان الصالحين يسمونه شارب خمر ولو نوى المسكر يحنث بكل مسكر ولو حلف لا يشرب شرابا حنث بشرب الماء والنبيذ وكذا بالمسمى عندنا أقسمة وفقاعا لا بشرب الخل والسمن والزيت والعسل وقيل لا يحنث بالماء وهو الظاهر لان العرف فى اسم الشراب لغير الماء ويحنث بشراب النينوفر وقيل لا يقع على المتخذ من الحبوب حلف لا يشرب بغير اذن فلان فأعطاه فلان ولم يأذن بلسانه فى الخلاصة ينبغى أن يحنث وهذا دليل الرضا وليس باذن ولو حلف لا يشرب خمرا فمزجها بغير جنسها كالاقسمة ونحوه يعتبر بالغالب وانما تعرف الغلبة باللون والطعم فيعتبر الغالب منهما كذا روى عن أبى يوسف فى النوادر فيما اذا حلف لا يشرب لبنا فصب عليه ماء وشربه يحنث ان كان اللون لون اللبن ويوجد طعمه وان كان لون الماء لا يحنث وعن محمد تعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة بالاجزاء وان كانا سواء حنث استحسانا وأما اذا خلطه بجنسه بأن حلف على لبن بقرة فخلطه بلبن بقرة أخرى فعند أبى يوسف هو كالجنسين يعتبر الغالب وعند محمد يحنث بكل حال لان الجنس عنده لا يغلب الجنس بل يتكثر بجنسه وهذا الخلاف فيما يمتزج بالمزج أما فيما لا يمتزج كالدهن يحنث بالاتفاق اذا عقد يمينه على الدهن (قوله ومن قال ان لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث وان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله) سواء علم وقت الحلف أن فيه ماء أو لم يعلم (وقال أبو يوسف رحمه الله يحنث فى ذلك كله اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى وأصله) أى أصل هذا الخلاف أن تصور البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت ولبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما الى وقت وجوب البر وهو قول مالك ووجه

قال المصنف (ومن قال ان لم أشرب الخ) أقول وان كان يعلم انه لا ماء فى الكوز ينعقد عند الثلاثة كذا فى البدائع وفيه أيضا وعلى هذا الخلاف اذا قال والله لأقتلن فلانا وفلان ميت وهو لا يعلم موته لا ينعقد عندهم خلافا لأبى يوسف وان كان عالما بموته ينعقد عندهم خلافا لزفر اهـ وسيجىء من المصنف فى باب اليمين فى القتل والضرب أن الصحيح انه ليس فى مسئلة الكوز تفصيل العلم (قوله واعترض على وجههما بأن البر متصور فى صورة الاراقة لان اعادة القطرات المهراقة عند ممكنة الخ) أقول كما اذا صب فى اناء آخر لا فى الارض وفيه تأمل (قوله وأجيب بأن البر الى قوله يسع فيه غيره) أقول ضمير غيره راجع الى البر

فأبو يوسف فرق بين المطلق والمؤقت ووجه الفرق أن التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا فى آخر الوقت فلا يحنث قبله وفى المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث فى الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق أن فى المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث فى يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق أما فى المؤقت فيجب البر فى الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم تبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه فتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء فى هذه الحالة

عند الشافعية وعند أبى يوسف لا يشترط تصور البر فى انعقاد اليمين المطلقة ولا لبقاء المقيدة وهو وجه آخر للشافعية ومما ابتنى على الخلاف لو حلف ليقتلن زيدا اليوم فمات زيد قبل مضى اليوم لا يحنث عندهما ويحنث عند أبى يوسف فى آخر جزء من اليوم وكذا لو حلف ليقتلنه وهو ميت والحالف جاهل بموته لا يحنث عندهما خلافا له وانما شرطنا جهله بموته عندهما لانه لو كان عالما بموته انعقدت وحنث بالاتفاق لان اليمين انعقدت على ازالة حياة يحدثها الله فيه بخلاف ما اذا لم يكن عالما لانه عقدها على حياته القائمة فى ظنه والواقع انتفاؤها فكان البر غير متصور كمسئلة الكوز فانه وان أمكن احداث الله تعالى الماء فيه لكنه ماء آخر غير المحلوف عليه فان الحلف كان على الماء الكائن فيه حال الحلف ولا ماء فيه اذ ذاك فلذا لا ينعقد عندهما وكذا اذا حلف ليأكلن هذا الرغيف اليوم فأكل قبل الليل أو ليقضين فلانا دينه غدا وفلان قد مات ولا علم له أو مات أحدهما قبل مضى الغد أو قضاه قبله أو أبرأه فلان قبله لم تنعقد عندهما وانعقدت عند أبى يوسف رحمه الله وكذا لو قال لزيد ان رأيت عمرا فلم أعلمك فعبدى حر فرآه مع زيد فسكت ولم يقل شيأ أو قال هو عمر ولا يعتق عندهما لفوات الاعلام فلم تبق اليمين وعنده يعتق لبقاء اليمين وفوات المعقود عليه وكذا اذا حلف لا يعطيه حتى يأذن فلان فمات فلان ثم أعطاه لم يحنث خلافا له وكذا ليضربنه أو ليكلمنه وجه قولهما أن اليمين انما تعقد للبر حملا أو منعا أو لاظهار معنى الصدق فكان محلها خبرا يمكن فيه البر فاذا لم يمكن فات محلها ولا انعقاد الا فى محلها واذا لم تنعقد فلا حنث ولأبى يوسف أنه أمكن اعتبارها منعقدة للبر على وجه يظهر فى الخلف وهو الكفارة كما قلنا فى الحلف على مس السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا حيث ينعقد مع استحالته عادة ثم يحنث فى الحال لما قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد فى حق الخلف لانه فرع الاصل فينعقد أولا فى حقه ثم ينتقل الى الخلف للعجز الظاهر ولذا لم تنعقد الغموس موجبة للكفارة حيث كان البر مستحيلا فيها ولو كانت اليمين مطلقة عن الوقت بأن لم يذكر اليوم ففى الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن فى الكوز ماء لا يحنث عندهما لعدم انعقادها لعدم تصور البر وعند أبى يوسف يحنث للحال وفى الوجه الثانى وهو ما اذا كان فيه ماء فأهريق يحنث فى قولهم جميعا (قوله فأبو يوسف فرق الخ) لاشك أن هنا أربع صور صورتان فى المقيدة باليوم أو وقت آخر جمعة أو شهر وهما أن يكون فى الكوز ماء وقت الحلف وأن لا يكون وصورتان فى المطلقة عندهما هاتان أيضا ففى المقيدة ولا ماء لا تنعقد عندهما لعدم تصور البر فلا يتصور الحنث وتنعقد عنده ويحنث للحال للعجز الدائم عن البر من وقت الحلف الى الموت وفى المقيدة مع وجود الماء تنعقد به اتفاقا فاذا أهريق قبل آخر الوقت بطلت عندهما لا نعقادها ثم طرأ العجز عن الفعل قبل آخر المدة لفوات شرط بقائها وهو تصور البر حال البقاء الى آخر الوقت وعنده يتأخر الحنث الى آخر جزء من الوقت فهنالك يحنث وفى المطلقة ولا ماء لا تنعقد عندهما وعنده تنعقد ويحنث للعجز الحالى الذى لا يرجى زواله وفى المطلقة وفيه ماء تنعقد اتفاقا لامكان البر عندهما فاذا أريق حنث اتفاقا أما عند أبى يوسف فبطريق أولى مما قبله وأما عندهما فلان تصور البر ليس شرطا فى المطلقة الا لانعقادها فقط وقد وجد حال الانعقاد لفرض وجود الماء حال الحلف فقد فرق أبو يوسف بين المقيدة فأوجب الحنث مطلقا آخر الوقت وبين المطلقة اذا كان الماء موجودا حال الحلف فأوجب الحنث حال الاراقة فاذا لم يكن موجودا فالحنث بعد فراغه من

فأبو يوسف فرق) فى الوجه الاول وهو الذى لم يكن فى الكوز ماء بين المطلق عن ذكر اليوم وبين المؤقت به فقال فى المطلق انه يحنث فى الحال وفى المؤقت يتوقف حنثه الى آخر اليوم الى غيبوبة الشمس ووجهه ما ذكر أن التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا فى آخر الوقت فلا يحنث قبله وهذا لان اليمين متى عقدت على فعل لا يمتد مؤقتة بوقت ممتد يتعين الجزء الاخير للانعقاد لان الوقت ظرف له فيلزم فى جزء منه ويتعين آخره وفى المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث فى الحال كذا فى بعض الشروح وقال فى النهاية فأبو يوسف فرق بين المطلق والمؤقت أى فى مسئلة الوجه الثانى وهو ما اذا كان فى الكوز ماء فأهريق قبل الليل فقال فى المطلق يحنث حال وقت الاراقة من غير توقف الى الليل وفى المؤقت لا يحنث فى الحال بل يتوقف حنثه الى آخر اليوم وهما فرقا بين المطلق والمؤقت يعنى فى هذا الوجه على ما ذكر فى الكتاب وأشار بقوله كما اذا مات الحالف والماء باق الى أن بقاء المحل شرط للبر كبقاء الحالف وأشار بقوله كما اذا عقده ابتداء فى هذه الحالة الى أن وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك لبقائها

قال (ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها) وقال زفر لا تنعقد لانه مستحيل عادة فأشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا أن البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحياة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

اليمين والفرق أن التأقيت للتوسعة على نفسه في الفعل فلا يتعين الفعل عليه الا في آخر جزء من الوقت وان كان التأخير لا يرجى له فائدة فيما اذا لم يكن ماء وقت الحلف لكن اللفظ ما أوجب انعقاد اليمين في حق الفعل مضيقا متعينا الا في آخر جزء منه فلا يحنث قبله وكذا اذا كان فيه ماء فصب لهذا بعينه بخلاف المطلقة ولا ماء فانه لا فائدة في تأخير الحنث وان كانت اليمين المطلقة لا يقع الحنث فيها الا بموت الحالف أو المحلوف عليه في مثل حلفه على ضربه أو طلاقها فان ذلك اذا كان البر مرجوا ولا رجاء له هنا وفيما اذا كان الماء موجودا لا يثبت هذا اليأس الا عند الاراقة فيحنث اذ ذاك وهما أيضا يحتاجان الى الفرق لانه لا يحنث عندهما اذا ذكر الوقت فأهريق قبل آخره واذا لم يذكر فأهريق يحنث والفرق أن الوقت اذا ذكر كان البر واجبا عليه في الجزء الاخير وعنده المحلوف عليه فائت فكأنه حلف اذ ذاك ليشربن ما في هذا الكوز اليوم وعلمت بهذا ان اشتراطهما بقاء التصور لبقاء اليمين المؤقتة هو في المعنى اشتراط التصور لانعقاد اليمين المطلقة بخلاف ما اذا لم يذكر الوقت فان البر واجب عليه في الحال فاذا فات المحلوف عليه حنث ولقائل أن يقول وجوب البر في المطلقة في الحال ان كان بمعنى تعينه حتى يحنث في ثاني الحال فلا شك انه ليس كذلك وان كان بمعنى الوجوب الموسع الى الموت فيحنث في آخر جزء من الحياة فالمؤقتة كذلك لانه لا يحنث الا في آخر جزء من الوقت الذي ذكره فذلك الجزء بمنزلة آخر جزء من الحياة فلأي شئ تبطل اليمين عند آخر أجزاء الوقت في المؤقتة ولم تبطل عند آخر جزء من الحياة في المطلقة ومن فوائد هذه الخلافية ما لو قال رجل لامرأته ان لم تهبي لي صداقك اليوم فأنت طالق فقال أبوها ان وهبت له صداقك فأمك طالق فحيلة عدم حنثهما أن تشتري منه بمهرها ثوبا ملفوفا وتقبضه فاذا مضى اليوم لم يحنث أبوها لانها لم تهب صداقها ولا الزوج لانها عجزت عن الهبة عند الغروب لان الصداق سقط عن الزوج بالبيع ثم اذا أرادت عود الصداق ردته بخيار الرؤية (قوله ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها) يعني اذا حلف مطلقا كما هي في الكتاب أما اذا وقت اليمين فقال لاصعدن غدا لم يحنث حتى يمضي ذلك الوقت حتى لو مات قبله لا كفارة عليه اذ لا حنث وقال زفر لا تنعقد أصلا لانه مستحيل عادة فيجعل كالمستحيل حقيقة كماء الكوز فلا تنعقد ولنا أن صعود السماء ممكن ولذا صعدته الملائكة وبعض الانبياء وكذا تحويل الحجر ذهبا بتحويل الله بخلعه صفة الحجرية والباسه صفة الذهبية بناء على أن الجواهر كلها متجانسة مستوية في قبول الصفات أو باعدام الاجزاء الحجرية وابدالها بأجزاء ذهبية والتحويل في الاول أظهر وهو ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق ولعله من اثبات كرامات الاولياء فكان البر متصورا فتنعقد اليمين موجبة لخلفه وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما اذا مات الحالف فانه يحنث في آخر جزء كما قلنا مع احتمال اعادة الحياة فيه فيثبت معه احتمال أن يفعل المحلوف عليه ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال بخلاف العادة فحكم بالحنث اجماعا بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز الذي لا ماء فيه لا يمكن ولا تتعلق القدرة به فلذا لم تنعقد فمحط الخلاف أنه ألحق المستحيل عادة بالمستحيل حقيقة ونحن نمنعه وكل ما وقع في هذه المسائل من لفظ متصور فمعناه ممكن وليس معناه متعقلا منفهما والله أعلم

وقوله (ومن حلف ليصعدن السماء) على ما ذكره ظاهر واعترض بأن تصور البر لو كان كافيا في خلفية الكفارة لوجبت في الغموس لان الله تعالى قادر على اعادة الزمان الماضي وقد فعلها لسليمان صلى الله عليه وسلم وأجيب بأن تصور البر في الغموس بأن يجعل الفعل الذي لم يوجد موجودا منه وهو مستحيل وقوله (وان كان متصورا ينعقد اليمين) انما كان كذلك لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وايجاب الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف ألا ترى أن الصوم واجب على الشيخ الفاني ولم تكن له قدرة لمكان التصور والخلف وكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هنالك عقيب وجوب الصوم

قوله (لان ايجاب العبد معتبر الخ) أقول أي مقيس

باب اليمين فى الكلام

قال (ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا أنه نائم حنث) لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله وفى بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه وعليه عامة مشايخنا لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته

باب اليمين فى الكلام

لما فرغ من ذكر الافعال التى هى أهم من الكلام كالاكل والسكنى وتوابعهما شرع فى الكلام اذ لابد من وقوعه لان الانسان لابد له من ايصال ما فى نفسه الى غيره لتحصيل مقاصده وبدأ بالكلام الاعم من خصوصيات العتق والطلاق وغيرها لتقدم الاعم على الخصوصيات (قوله ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع كلامه) لقرب مكانه منه (الا أنه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه الا أنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله) أى لغفلته فانه يحنث وهذا لان العلم بوصول صوته الى صماخه غير ثابت فأدير على مظنة ذلك فحكم به وهو كونه بحيث لو كان مصغيا سامع لسمع ولهذا لو كان أصم حنث وفى بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه فانه قال فى بعضها فناداه أو أيقظه وفى بعضها فناداه وأيقظه قال واختاره مشايخنا لانه اذا لم ينتبه بكلامه صار كما اذا ناداه من بعيد جدا بحيث لا يسمع صوته فضلا عن أن يميز حروفه وفى ذلك يكون لاغيا لا متكلما مناديا وصار كما لو كان ميتا لا يحنث بكلامه بخلاف الاصم لانه يصح أن يقال كلمه اذا كان بحيث لولا الصمم سمع لا يقال يصح مثل هذا فى الميت لانا نقول يمينه لا تنعقد الا على الحى لان المتعارف هو الكلام معه ولان الغرض من الحلف على ترك الكلام اظهار المقاطعة وذلك لا يتحقق فى الميت والبعيد الذى لا شعور له بندائه وكلامه لكن ماذكر محمد فى السير الكبير اذا نادى المسلم أهل الحرب بالامان من موضع يسمعون صوته الا أنهم لا يسمعون لاشتغالهم بالحرب فهو أمان قال السرخسى هذا يبين أن الصحيح فى مسئلة الايمان الحنث وان لم يوقظه انتهى وقد فرق على هذه الرواية بأن الامان يحتاط فى اثباته وقيل يحكم فيها بالخلاف فعنده يحنث لانه يجعل النائم كالمستيقظ وعندهما لا يحنث والمراد بما نسب اليه ماذكر فى باب التيمم من أن المتيمم اذا مر وهو نائم على ماء ولا علم له به ينتقض تيممه وقد تقدم هنالك مافيهما من الاستبعاد للمشايخ فانه لو كان مستيقظا حقيقة والى جانبه حفيرة ماء لا يعلم بها لا ينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على الناعس وأضيف الى هذه مسائل تزيد على عشرين جعل فيها النائم كالمستيقظ وفى الذخيرة لا يحنث حتى يكلمه بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها لا متصل فلو قال موصولا ان كلمتك فأنت طالق فاذهبى أو اخرجى أو قومى أو شتمها أو زجرها متصلا لا يحنث لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين الا أن يريد به كلاما مستأنفا وهو وجه لاصحاب الشافعى وبه قال الشافعى فى الاظهر وأحمد ومالك وفى المنتقى لو قال فاذهبى أو واذهبى لا تطلق ولو قال اذهبى طلقت لانه منقطع عن اليمين وأما مافى نوادر ابن سماعة عن محمد لا أكلمك اليوم أو غدا حنث لانه كلمه اليوم بقوله أو غدا فلا شك فى عدم صحته لانه كلام واحد فانه اذا أراد أن يحلف على أحد الامرين لا يقال الا كذلك وعلى هذا اذا قال لآخر ان ابتدأتك بكلام فعبدى حر فالتقيا فسلم كل على الآخر معا لا يحنث وانحلت يمينه لعدم تصور أن يكلمه بعد ذلك ابتداء ولو قال لها ان ابتدأتك بكلام وقالت هى له كذلك لا يحنث اذا كلمها لانه لم يبتدئها

لما ذكر بيان ايمان السكنى والدخول والخروج والاكل والشرب للمعنى الذى ذكرنا شرع فى بيان الفعل الجامع الذى يستتبع الابواب المتفرقة وهو الكلام اذ اليمين فى العتق والطلاق والبيع والشراء واليمين فى الحج والصلاة والصوم من أنواع الكلام فذكر الجنس مقدم على ذكر النوع (ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث) نقل صاحب النهاية عن شيخ الاسلام أن التكليم عبارة عن اسماع كلامه كما فى تكليم نفسه فانه عبارة عن اسماع نفسه الا أن اسماع الغير أمر باطن لا يوقف عليه فأقيم السبب المؤدى اليه مقامه وهو أن يكون بحيث لو أصغى اليه أذنه ولم يكن به مانع من السماع لسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع وكلامه واضح وقوله (لتغافله) أى لغفلته وقوله (وفى بعض روايات المبسوط) يريد ماروى فى رواية فناداه وأيقظه يحنث فيه وهذه الرواية تشير الى اشتراط الايقاظ للحنث وذكر فى بعض الروايات فناداه أو أيقظه وهذه تدل على أنه متى ناداه بحيث لو كان يقظان لسمع صوته حنث وان لم يوقظه وقال شمس الائمة السرخسى والاظهر أنه لا يحنث واليه أشار بقوله وعليه مشايخنا والوجه ماذكره فى الكتاب

باب اليمين فى الكلام

(قوله اذ اليمين الى قوله على ذكر النوع الخ) أقول فيه تأمل

(ولو حلف لايكلمه الا باذنه فأذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث) لان الاذن مشتق من الاذان الذى هو الاعلام أو من الوقوع فى الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال أبو يوسف لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالآذن كالرضا قلنا الرضا من أعمال القلب ولا كذلك الاذن على مامر

ولا يحنث بعد ذلك لعدم تصورا بتدائها ولو حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فيهم حنث الا أن لا يقصده فيصدق ديانة لا قضاء وعند مالك والشافعى رحمهما الله قضاء أيضا أما لو قال السلام عليكم الا على واحد صدق قضاء عندنا ولو سلم من الصلاة فان كان اماما قيل ان كان المحلوف عليه عن يمينه لا يحنث وان كان عن يساره يحنث لان الاولى واقعة فى الصلاة فلا يحنث بها بخلاف الثانية وقيل لا يحنث بها لانها فى الصلاة من وجه وكذا عن محمد لا يحنث بهما وهو الصحيح والاصح ما فى الشافى أنه يحنث الا أن ينوى غيره وفى شرح القدورى فيما اذا كان اماما يحنث اذا نواه وان كان مقتديا فعلى ذلك التفصيل عندهما وعند محمد لا يحنث مطلقا لان سلام الامام يخرج المقتدى عن الصلاة عنده خلافا لهما وبه قال مالك ولو دق عليه الباب فقال من حنث وقال أبو الليث لو قال بالفارسية كيست لا يحنث ولو قال كى تر حنث وبه أخذ وهو المختار ولو ناداه المحلوف عليه فقال لبيك أو لبى حنث ولو كلمه الحالف بكلام لا يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين ولو أراد أن يأمره بشئ فقال وقدمر المحلوف عليه يا حائط اسمع افعل كيت وكيت فسمعه المحلوف عليه وفهمه لا يحنث قاله فى الذخيرة ولو حلف لا يتكلم فناول امرأته شيأ وقال ها حنث ولو جاءه كافر يريد الاسلام فبين صفة الاسلام مسمعا له ولم يوجه اليه لم يحنث وفى المحيط لو سبح الحالف للمحلوف عليه للسهو أو فتح عليه القراءة وهو مقتد لم يحنث وخارج الصلاة يحنث ولو كتب اليه كتابا أو أرسل رسولا لا يحنث لانه لا يسمى كلاما عرفا خلافا لمالك وأحمد واستدلالهم بقوله تعالى وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا أجيب عنه بأن مبنى الايمان على العرف واعلم أن الكلام لا يكون الا باللسان فلا يكون بالاشارة ولا الكتابة والاخبار والاقرار والبشارة تكون بالكتابة لا بالاشارة والايماء والاظهار والافشاء والاعلام يكون بالاشارة أيضا فان نوى فى ذلك كله أى فى الاظهار والافشاء والاعلام والاخبار كونه بالكلام والكتابة دون الاشارة دين فيما بينه و بين الله تعالى ولو حلف لا يحدثه لا يحنث الا أن يشافهه وكذا لا يكلمه يقتصر على المشافهة ولو قال لا أبشره فكتب اليه حنث وفى قوله ان أخبرتنى أن فلانا قدم ونحوه يحنث بالصدق والكذب ولو قال بقدومه ونحوه فعلى الصدق خاصة وكذا ان أعلمتنى وكذا البشارة ومثله ان كتبت الى أن فلانا قدم فكتب قبل قدومه فوصل اليه الكتاب حنث سواء وصل اليه قبل قدومه أو بعده بخلاف ان كتبت الى بقدومه لم يحنث حتى يكتب بقدومه الواقع ذكر هشام عن محمد سألنى هرون الرشيد عمن حلف لا يكتب الى فلان فأمر من يكتب اليه بايماء أو اشارة هل يحنث فقلت نعم يا أمير المؤمنين اذا كان مثلك قال السرخسى وهذا صحيح لان السلطان لا يكتب بنفسه وانما يأمر ومن عادتهم الامر بالايماء والاشارة ولو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه لا يحنث عند أبى يوسف و يحنث عند محمد لان المقصود الوقوف على ما فيه لا عين التلفظ به ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا لم يحنث بكلام أحدهما الا أن ينوى كلا منهما فيحنث بكلام أحدهما وعليه الفتوى وان ذكر خلافه فى بعض المواضع (قوله ومن حلف لا يكلمه الا باذنه فأذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان) أى بالاشتقاق الكبير (أو من الوقوع فى الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع) قال المصنف (وقال أبو يوسف لا يحنث) وهذه رواية عنه كما ذكره الاقطع فى شرحه حيث قال ظاهر قولهم يحنث وعن أبى يوسف لا يحنث ووجه هذه الرواية عنه أن الاذن هو الاطلاق وأنه يتم بالآذن كالرضا فانه لو حلف لا يكلمه الا برضا فلان فرضى ولم يعلم الحالف حتى كلمه لا يحنث أجاب المصنف بأن الرضا من عمل القلب ولا

كذلك

(ولو حلف لايكلمه الا باذنه) ظاهر وقوله (وأنه يتم بالاذن كالرضا) يعنى أنه اذا حلف لا يكلمه الا برضاه فرضى المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث لما أن الرضا يتم بالراضى فكذلك الاذن يتم بالآذن قلنا الرضا من أعمال القلب فيتم بالراضى ولا كذلك الاذن على مامر انه امامن الاذان الذى هو الاعلام أومن الوقوع فى الاذن وذلك يقتضى السماع ولم يوجد واعترض بأنه لو كان كذلك لما صار العبد مأذونا اذا أذن له مولاه وهو لا يعلم لكنه يصير مأذونا فلم يكن الاذن محتاجا الى الوقوع فى الاذن وأجيب بأن الاذن هناك فك الحجر فى حق العبد والعبد يتصرف بأهلية نفسه ومالكيته فيثبت بمجرد الاذن وأما فى اليمين فلما حرم كلامه باليمين الا عند الاذن صار الاذن مثبتا لاباحة الكلام للحالف فلابد من الاعلام بذلك وهو مبنى على تخصيص العلة وأمره واضح عند الاصولى

(قوله فرضى المحلوف عليه بالاستثناء) أقول يعنى المستثنى (قوله اذا أذن له مولاه) أقول أنكر الاتقانى كون العبد مأذونا بلا علمه فراجعه الى الشرح

قال (وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف) لانه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين فذكر الشهر لاخراج ماوراءه فبقى الذى يلى يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم تتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه (وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن فى صلاته لا يحنث وان قرأ فى غير صلاته حنث) وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفى القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعى لانه كلام حقيقة ولنا أنه فى الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شئ من كلام الناس وقيل فى عرفنا لا يحنث فى غير الصلاة أيضا لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا

كذلك الاذن نعم هو يتضمن الرضا ظاهرا لكن معناه الاعلام بالرضا فلا يتحقق بمجرد الرضا وما نوقض به من انه ذكر فى التتمة والفتاوى الصغرى اذا أذن المولى لعبده والعبد لا يعلم يصح الاذن حتى اذا علم يصير مأذونا دفع بانه يدل على نقيض مقصود المورد لدلالته على عدم الاذن قبل العلم حيث قال حتى اذا علم صار مأذونا فعرف انه ليس له قبل العلم حكم الاذن يدل عليه ما فى الشامل فى قسم المبسوط أذن لعبده فلم يعلم به ولا أحد من الناس فتصرف العبد ثم علم باذنه لم يجز تصرفه غاية ما فيه أن الاذن يثبت موقوفا على العلم فقط تكلف جوابه وقوله على ما مر يعنى ما تقدم آنفا من قوله لان الاذن مشتق من الاذان الخ (قوله وان حلف لا يكلمه شهرا فهو) أى ابتداء الشهر (من حين حلف) لان دلالة حاله وهو غيظه الباعث على الحلف توجب ترك الكلام من الآن ونظيره اذا أجره شهرا لان العقود تراد لدفع الحاجة القائمة فى الحال ظاهرا فكان ابتداؤه من وقت العقد ولانه لو لم يعتبر من الحال فسد العقد بجهالة المدة بجهالة ابتدائها وكذا آجال الديون وأما الاجل فى قوله كفلت لك بنفسه الى شهر اختلف فى أنها لبيان ابتداء المدة أو لانتهائها فعن أبى يوسف لانتهاء المطالبة فلا يلزم باحضاره بعد الشهر وألحقاها بآجال الديون فجعلاها لبيان ابتدائها فلا يلزم باحضاره قبل الشهر وهو أحسن لان الاجل فى مثله للترفيه بخلاف ما لو قال والله لأصومن شهرا فانه نكرة فى الاثبات وانما يوجب شهرا شائعا يعينه الحالف ولا موجب لصرفه الى الحال وأما قول المصنف لو لم يذكر الشهر تتأبد فكان ذكر الشهر لاخراج ماوراءه فبقى ما يلى يمينه داخلا عملا بدلالة حاله فظاهره أنه وجه واحد حيث لم يعطف قوله عملا بدلالة حاله بالواو ومن الشارحين من قرره وجهين لان دلالة الحال وحدها تستقل بصرف الابتداء الى ما يلى الحلف كما ذكرنا وما قبله وجه آخر وهو انه لو أطلق تأبد متصلا بالايجاب ولا يخفى أن ذكر الشهر لا دلالة له سوى على تقدير المدة الخاصة ثم الزائد عليه منتف بالاصل لا بدلالته على النفى ولو فرض له دلالة على نفى الزائد عليه لم يلزم كون ذلك الزائد هو ما يلى شهرا ابتداؤه من الحال فلذا جعل المصنف قوله عملا بدلالة حاله هو المعين لابتدائها فكان وجها واحدا الا أنك علمت من تقريرنا أن لا حاجة الى ما قدمه من لزوم التأبيد والاخراج وأما ما فرع على استقلال الاخراج مما ذكره التمرتاشى من قوله ان تركت الصوم شهرا أو كلامه شهرا تناول شهرا من حين حلف لان ترك الصوم والكلام مطلقا يتناول الابد فذكر الوقت لاخراج ماوراءه وكذا ان لم أساكنه فالكل مشكل بل لو ترك الصوم شهرا فى عمره حنث وان لم يتركه متصلا بالحلف وهو تحميل اللفظ ما لم يوجبه ثم ان كان فى مثله عرف يصرفه الى الوصل بالحلف والا فلا (قوله ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن فى الصلاة لا يحنث وان قرأ فى غير الصلاة حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير) اذا فعله فى الصلاة لا يحنث وخارجها يحنث وهذا جواب الاستحسان وفى القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعى لانه أى القرآن والذكر كلام حقيقة ولنا انه فى الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى يحدث من أمره ما يشاء وان مما أحدث أن لا يتكلم فى الصلاة متفق عليه وأما الحديث الذى ذكره المصنف من قوله صلى الله عليه وسلم ان صلاتنا هذه

(وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين) لان ما يلى اليمين صالح لحلية البر أى جزء كان من أجزاء الليل والنهار واذا كان كذلك وقد وقعت النكرة فى سياق النفى كان اليمين مؤبدا فذكر الشهر لاخراج ماوراءه عملا بدلالة الحال وهى الغيظ الذى لحقه فى الحال بخلاف ما لو قال والله لأصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم تتأبد اليمين اما لانه نكرة فى سياق الاثبات واما لان الصوم غير صالح للتأبيد لتخلل الاوقات التى لا تصلح أن تكون محلا للصوم فكان ذكره لتقدير الصوم وانه منكر فالنية تعينه وقوله (وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن) ظاهر

قال المصنف (وفى القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعى) أقول فى الكافى ما يخالفه فانه جعل قول الشافعى كقول خواهرزاده

(ولو قال يوم أكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار) لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد (وان عنى النهار خاصة دين في القضاء) لانه مستعمل فيه أيضا وعن أبي يوسف أنه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف

لا يصلح فيها شيء من كلام الناس فقيل عليه انه انما نفى عنها كلام الناس ولا يستلزم نفي الكلام مطلقا وهذا التفصيل جواب ظاهر المذهب ولما كان مبنى الايمان على العرف وفي العرف المتأخر لا يسمى التسبيح والقرآن أيضا وما معه كلاما حتى انه يقال لمن سبح طول يومه أو قرأ لم يتكلم اليوم بكلمة اختار المشايخ انه لا يحنث أيضا بجميع ذلك خارج الصلاة واختير للفتوى من غير تفصيل أي تفريق بين عقد اليمين بالعربية والفارسية وما ذكر في بعض المواضع من انه لو قال كلما تكلمت بكلام حسن فأنت طالق فقالت سبحان الله والحمد لله ولا إله الا الله والله أكبر طلقت واحدة ولو قالت بلا عطف سبحان الله الحمد لا إله الا الله الله أكبر طلقت ثلاثا لانه كلام متعدد لاستئناف كل بخلاف المعطوف لانه كلام واحد وقد يدفع بأن الكلام في مطلق الكلام عرفا الا فيما قيد بقيد أصلا وأما الشعر فانه يحنث به لانه كلام منظوم وفي الحديث أصدق كلمة قالها شاعر كلمة لبيد

ألا كل شيء ما خلا الله باطل * وكل نعيم لا محالة زائل

وعرف مما تقدم انه لا يحنث بالكتابة والايماء ونحوه (قوله ولو قال يوم أكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار) فان كلمه ليلا أو نهارا حنث ثم قال المصنف في وجهه لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ولا فرق بين التولية ليلا أو نهارا والكلام لا يمتد قيل في وجهه لانه عرض لا يقبل الامتداد الا بتجدد الامثال كالضرب والجلوس والسفر والركوب ونحو ذلك وذلك عند الموافقة صورة ومعنى والكلام الثاني يفيد معنى غير مفاد الاول فليس مثلا وما قيل الكلام يتنوع الى خبر واستخبار وأمر ونهي فلا يحمل على الكلام المطلق انه ممتد فقد يقال ولا يحمل عليه مطلقا أنه غير ممتد اذ كل نوع منه على هذا ممتد على أن اسم الكلام ليس الا الالفاظ مفيدة معنى كيفما كان فتحققت المماثلة سواء كان المفاد من نوع الاول أولا وبه يندفع القولان ولذا قال الشيخ عبد العزيز الصحيح أن يقال الطلاق مما لا يمتد لان الكلام مما يمتد يقال كلمته يوما ولان اعتبار المظروف أولى من اعتبار المضاف اليه كما في قوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان وقد تقدم تحقيق هذا الاصل في الطلاق واختلاف عباراتهم فيه وأن الاولى الاعتبار بالعامل المعتبر واقعا فيه عند تحقق معنى ما أضيف اليه الظرف وعدمه لجعل اليوم لمطلق الوقت وعدمه لانه هو المقصود الاصلي بخلاف ما أضيف اليه لانه ليس مقصودا الا لتعيين ما يتحقق فيه ما قصد الى اثبات معناه بالقصد الاول واستشكل علو قال والله لا أكلم فلانا اليوم ولا غدا ولا بعد غد فكلمه ليلا لا يحنث لان الليل لم يدخل وكذا لو قال في كل يوم لم يدخل الليل ذكر ذلك في التتمة وبه قال الشافعي وهذا لا يرد على ما هو المختار من اعتبار المقصود من التركيب كما ذكرنا بل على ما ذكر المصنف وجوابه أن المراد باليوم فيه النهار في المسئلة الاولى بدلالة اعادة حرف النفي عند ذكر الغد والا لم يكن لذكره فائدة حتى لو قال لا أكلمه اليوم وغدا وبعد غد تدخل الليلة وبه قال الشافعي وهو كقوله ثلاثة أيام وفي المسئلة الثانية تذكر كلمة في في كل يوم لتجديد الكلام على ما عرف في أنت طالق في كل يوم تطلق ثلاثا في ثلاثة أيام ولو قال كل يوم تطلق واحدة ولا يتحقق التجديد لو أريد باليوم مطلق الوقت (قوله وان عنى النهار خاصة) أي بلفظ اليوم (دين) أي صدق (في القضاء لانه مستعمل فيه) أي لانه حقيقة مستعملة كثيرا فيقبله القاضي وان كان فيه تخفيف على نفسه أو هو مشترك بين النهار ومطلق الوقت وعن أبي يوسف لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف فكان خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء

وقوله (ولو قال يوم أكلم فلانا) ههنا ثلاث عبارات نهارا أكلم فلانا وليلة أكلم فلانا ويوم أكلم فلانا فالاولى لبياض النهار خاصة فلو كلمه ليلا لم يحنث

(قوله

(ولو قال ليلة أكلم فلانا فهو على الليل خاصة) لانه حقيقة فى سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله فى مطلق الوقت (ولو قال ان كلمت فلانا الا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو قال الا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث) لانه غاية

(قوله ولو قال ليلة أكلم فلانا فهو على الليل خاصة) لانه حقيقة فى سواده كالنهار للبياض خاصة وما نافية وجاء استعماله فى مطلق الوقت كما جاء فى لفظ اليوم وأورد عليه قول القائل

وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة * ليالى لاقينا جذاما وحميرا
سقيناهم كاسا سقينا بمثلها * ولكنهم كانوا على الموت أصبرا

والمراد مطلق الوقت فان الحرب لم تكن ليلا أجاب شمس الائمة بأن المذكور الليالى بصيغة الجمع وذكر أحد العددين بصيغة الجمع ينتظم ما بازائه من الآخر ولا كذلك المفرد يعنى ذكر الليالى ينتظم النهار التى بازائها كما أن ذكر الايام ينتظم الليالى التى بازائها قال تعالى أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام وفى آية أخرى ثلاث ليال سويا والقصة واحدة وليس الكلام الا فى المفرد فان ذكر الليلة لا يستتبع اليوم ولا بالقلب ونظر فيه بعضهم بانه يقتضى أن الشاعر قصد أن الملاقاة كانت مستوعبة لليالى تتبعها أيام بقدرها والمتعارف فى مثل هذا الكلام انه انما يقصد به الوقت لا الجمع بين الايام والليالى وليس هذا بشئ لان الواقع قد يكون أن الحرب دامت بينهم أياما ولياليها وهذا كثير الوقوع فاراد أن يخبر بالواقع فعبر عنه بما يفيده ولا دخل لذلك فى خصوص عرف (قوله ولو قال ان كلمت فلانا الا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو الا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم أو الاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية) أى لان القدوم والاذن غاية لعدم الكلام لما قدمنا أن فعل الشرط المثبت فى اليمين يكون للمنع منه فيكون فى معنى المنفى به وبالقلب فقوله ان كلمته حتى يقدم بمعنى لا أكلمه حتى يقدم وان وقع خلاف ذلك فامرأته طالق واذا كان غاية لعدم الكلام فاليمين معقودة على الكلام حال عدم الاذن فتبقى اليمين ما بقى عدم الاذن الواقع غاية فيقع الحنث بالكلام حال عدمه وينتهى بعد الغاية لانها مقيدة به فلا يحنث بالكلام بعد مجيئه واذنه اما أن حتى غاية فظاهر واما ان الا أن غاية فلان به ينتهى منع الكلام فشابهت الغاية اذا كانت الغاية لمنعه فأطلق عليها اسمها ومثله قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذى بنوا ريبة فى قلوبهم الا أن تقطع قلوبهم أى الى موتهم وقيل هى استثناء على حالها وفيه شئ وهو أن تقدير الاستثناء فيها انما يكون من الاوقات أو الاحوال على معنى امرأته طالق فى جميع الاوقات أو الاحوال الا وقت قدوم فلان أو اذنه والاحال قدومه أو اذنه بتقدير مضاف الى المصدر المنسبك من أن يقدم وأن يأذن فان تقدير الا ان يأذن الا اذنه وهو يستلزم تقييد الكلام بوقت الاذن والقدوم فيقتضى أنه لو كلمه بعد القدوم أو الاذن حنث لانه لم يخرج عن أوقات وقوع الطلاق الا ذلك الوقت وهو غير الواقع ثم أورد أن الا أن شرط لا غاية لانها شرط فى قوله امرأته طالق الا ان يقدم زيد فان المعنى ان لم يقدم زيد وأجيب بأنها انما تكون للغاية فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لا يحتمله يعنى فتكون فيه للشرط اه وهذا يؤيد ما تقدم من أن الكلام مما يمتد لانه الشرط هنا بخلاف ما ذكر المصنف ولما كان مظنة أن يعترض بأن الشرط وهو الا أن يقدم مثبت فالمفهوم ان القدوم شرط الطلاق لا عدمه وجهه شارح آخر فقال وانما حمل على ان لم يقدم فى مسئلة الطلاق لا على ان قدم لانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على الوقوع وتحقيقه أن معنى التركيب وقوع الطلاق من الحال مستمر الى قدوم فلان فيرتفع فيكون قدومه علما على الوقوع قبله والمتحقق من ذلك أن الطلاق يقع حال قدوم فلان وهو المعبر عنه بقولنا ان لم يقدم بحيث لم يمكن ارتفاعه

والثانية لسواده خاصة فلو كلمه نهارا لم يحنث وما جاء استعماله فى مطلق الوقت وما جاء فى قول الشاعر
وكنا حسبنا كل سوداء تمرة * ليالى لاقينا جذاما وحميرا
مرادا به الوقت فليس مما نحن فيه لان كلا منافيما ذكر بلفظ المفرد وما فى الشعر بلفظ الجمع وذكر أحد العددين بعبارة الجمع يقتضى دخول ما بازائه من العدد الآخر وذلك أصل آخر غير ما نحن فيه والثالثة يعتبر بما قرن به ان قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام مما لا يمتد وان قرن به ما يمتد كالصوم يراد به بياض النهار والبحث فيه وظيفة أصولية وقد قررناه فى التقرير فان عنى فى قوله يوم أكلم فلانا النهار خاصة صدق فى القضاء لانه مستعمل فيه أيضا قال الله تعالى اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة والمراد به بياض النهار وقوله (لانه غاية) أما فى كلمه حتى

(قوله وما جاء استعماله فى مطلق الوقت) أقول لفظ ما نافية فى قوله وما جاء الخ (قوله وذكر أحد العددين الى قوله من العدد الآخر) أقول والتفصيل فى باب الاعتكاف

والـيمـين باقيـة قبـل الغاية ومنتهية بعـدها فلا يحنث بالـكلام بعـد انتهاء اليمـين (وان مات فلان سقطت اليمـين) خلافا لابى يوسف لان الممنوع عنه كلام ينتهى بالاذن والقدوم ولم يبق بعـد الموت متصور الوجود فسقطت اليمـين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين (ومن حلف لايكلم عبـد فلان ولم ينو عبدا بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلمهم لم يحنث) لانه عقد يمينه على فعل واقع فى محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك أو اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال هـذا فى اضافة الملك بالاتفاق

بعد وقوعه بالقدوم وأمكن وقوعه عند عدم القدوم اعتبر الممكن فجعل عدم القدوم شرطا وهو حاصـل أنت طالق ان لم يقـدم فـلا يقع الطلاق الا أن يموت فلان قبـل أن يقدم أو يأذن لانه مطلق كقوله ان لم أطلقك فانت طالق قال تاج الشريعـة ومهما أمكن المصـير الى هذا المجاز يعـنى الغاية لا يصار الى ذلك المجاز يعنى الشرط لان فى هـذا اجراء المجاز فى مجرد الاستثناء وفى ذلك اجراؤه فى استثناء القـدوم لانا نجعل استثناء القـدوم مجازا عن اشتراط عدم القدوم واجراء المجاز فى الجزء أولى منـه فى المجموع (قوله وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابى يوسف لان الممنوع منه كلام ينتهى) المنع منـه (بالاذن والقدوم ولم يبق) الاذن ولا القدوم (بعد موت من اليه الاذن والقدوم متصور الوجود) فلم يبق البر متصور الوجود وبقاء تصوره شرط لبقاء اليمين المؤقتة عند أبى حنيفة ومحمد على مامر وهـذه اليمين مؤقتة بوقت الاذن والقـدوم اذ بهما يتمكن من البر اذ يتمكن من الكلام بلا حنث فيسقط بسقوط تصور البر وعند أبى يوسف التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين فأى وقت كلمه فيه يحنث فان قيل لا نسلم عدم تصور البر بموته لانه سبحانه قادر على اعادة فلان فيمكن أن يقدم ويأذن فالجواب أن الحياة المعادة غـير الحياة المحلوف على اذنه فيها وقدومـه وهى الحياة القائمة حالة الحلف لان تلك عرض تلاشى لا يمكن اعادتها بعينها وان أعيدت الروح فان الحياة غير الروح لانه أمر لازم للروح فيما له روح (قوله ومن حلف لايكلم عبد فلان ولم ينو عبدا له بعينه) انما أراد من ينسب اليه بالعبودية أو امرأة فلان الخ اعلم انه اذا حلف على هجران محل مضاف الى فلان كلا يكلم عبد فلان أو زوجتـه أو صـديقه أو لا يدخل داره أو لا يلبس ثوبه أو لا يركب فرسه أو لا يأكل من طعامه فلا شك أن هذه الاضافة فى الكل معرفة لعين ما عقد اليمـين على هجره سواء كانت اضافة ملك كعبده وداره ودابته أو اضافة نسبة أخرى غير الملك كزوجته وصديقه فالاضافة مطلقا تفيد النسبة والنسبة أعم من كونها نسبة ملك أو غـيره فلا يصح جعل اضافة النسبة تقابل اضافة الملك كما فعل المصنف وغيره لانه لا تقابل بين الاعم والاخص الا أن يكون بخصوص عرف اصطلاحى وهو محمل الجعل المذكور للمصنف واذا كانت هذه الاضافة مطلقا للتعريف فبعد ذلك اما أن يقرن به لفظ الاشارة كقوله لا يكلم عبده هذا أو زوجته هذه أو لا فعلى تقدير عدم الاشارة الظاهر أن الداعى فى اليمين كراهته فى المضاف اليه والا لعرفه باسم العلم ثم أعقبـه بالاضافة ان عرض اشتراك مثل لا أكلم راشدا عبد فلان ليزيل الاشتراك العارض فى اسم راشد أو فلانة زوجـة فلان كذلك فلما اقتصر على الاضافة ولم يذكر اسمه ولا أشار اليه كان الظاهر أنه لمعنى فى المضاف اليه وانما احتمل أن يهجر بعضها لذاته أيضا كالزوجة والصديق فلا يصار اليه بالاحتمـال وحينئذ فاليمين منعقدة على هجر المضاف حال قيام الاضافة وقت الفعل بان كان موجودا وقت اليمين ودامت الاضافة الى وقت الفعل أو انقطعت ثم وجدت بان باع وطلق ثم استرد أو لم يكن وقت اليمين فاشترى عبدا فكلمه حنث وكذا لو لم تكن له زوجة فاستحدث زوجـة ينبغى أن يحنث فى قول أبى حنيفـة ولو ارتفعت النسـبة الثابتـة التى عنها صحت الاضافة بان باع فلان عبـده وداره وثوبه ودابتـه وعادى صـديقه وطلق زوجته فكلم العبـد والمرأة والصديق لا يحنث وكذا اذا لبس الثوب أو دخل الدار أو ركب الدابة لا يحنث لما قلنا ان اليمين انعقدت

فظاهر وأما فى الآن فلما تقـدم من مناسبة معنى الاستثناء معـنى الغاية وكونه مجازا للغاية قـوله (وان مات فلان) يعنى الذى أسند اليه القدوم أو الاذن سقط اليمين لانتفاء تصور البر فان قيل اعادة الحياة ممكنة فكان الواجب أن لا يبطل اليمين فالجواب أن اليمين انعقدت على القدوم أو الاذن فى حياته القائمة لا المعادة بعد موته وهى غير المعادة لا محالة ولهـذا قلنا اذا قال لاقتلن فلانا وفلان ميت ولم يعلم الحالف بموته لا تنعقد اليمين لانها وقعت على الحياة القائمـة قال (ومن حلف لايكلم عبـد فلان) اذا وقعت اليمين على فعل يتعلق بمركب اضافى فاما أن يكون مع الاضافة اشارة أو لا وكل منهمـا اما أن تكون الاضافة اليـه اضافة ملك أو اضافة نسبة فان لم تكن مـع الاضافة اشارة كما اذا حلف لايكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه أو امرأة فلان أو صـديق فلان فالمعتبر وجود الملك عنـد وجود المحلوف عليه فى اضافـة الملك بالاتفاق

(قوله فلما تقدم من مناسبة الخ) أقول فى باب اليمـين فى الخروج والاتيان (قوله وهى غـير المعـادة) أقول أى بالاعتبار قال المصنف (ولم يبق بعد الموت متصور الوجود) أقول لتصور كف النفس عن المدلول عليه باليمين فليتأمل قال المصنف (لانه عقد يمينه على فعل واقع) أقول المحلوف عليه هنا الترك لا الفعل

وفي اضافة النسبة عند محمد يحنث كالمرأة والصديق. قال في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة ووجه ماذكرهنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك

باعتبار النسبة القائمة وقت الفعل والحال أنها زائلة عنده وهذا الاصل على قول أبي حنيفة وأما عند محمد فاليمين منعقدة في المملوك على الاضافة القائمة وقت الفعل كما ذكرنا وفي اضافة النسبة على القائمة وقت اليمين فتفرع على هذا انه لو طلق زوجته وعادى صديقه واستحدث زوجة وصديقا فكلم المستحدث لا يحنث ولو كلم المتروك حنث وهذا مانقله المصنف عنه من الزيادات ووجهه ما جوزناه في أصل أبي حنيفة من أنهما يقصدان بالهجر لانفسهما لالغيرهما فكانت الاضافة لمجرد تعريف الذات المهجورة فلا يشترط دوامها أو وجودها وقت الفعل فتعلق الحكم أي الهجر بعينه كما في الاشارة فانه اذا قال زوجة فلان هذه ونحوها مما اضافته اضافة نسبة فالاتفاق أنه يحنث بكلامه بعد انقطاعها كما سنذكر وجه المذكور في الجامع لابي حنيفة ماتقدم من أن الظاهر أن الهجر للمضاف اليه بما ذكرنا من الوجه وأقل مافي الباب جواز كون هجره لنفسه وأن يكون للمضاف اليه وعلى الاول يحنث وعلى الثاني لا فلا يحنث بالشك فظهر بماذكرنا أن ماذكر في النهاية وغيرها من قوله الاصل في جنس هذه المسائل انه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب الى الغير بالملك يراعى للحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه ولا معتبر بالنسبة وقت اليمين اذا لم توجد وقت الفعل وان كان منسوبا الى الغير لا بالملك يراعى وجود النسبة وقت اليمين ولا معتبر بها وقت الفعل ثم وجه الفرق بأن في اضافة الملك الحامل على اليمين معنى في المالك لان هذه الاشياء لاتعادى لعينها وفي اضافة النسبة معنى فيهم لان الاذى يتصور منهم واستشكل بأن العبد يتصور منه الاذى أجيب بأن ابن سماعة ذكر في نوادره أنه يحنث عند أبي حنيفة لهذا ووجه الظاهر أن العبد ساقط الاعتبار عند الاحرار فانه يباع في الاسواق كالحمار فالظاهر أنه ان كان منه أذى انما يقصد هجران سيده بهجرانه ولا يخفى انه أعني هذا الاصل لايصح الا لمحمد فقط فاطلاق جعله أصلا لهذه المسائل ليس بصحيح لان الاقتصار عليه يوهم الاتفاق عليه أو انه الاصل لصاحب المذهب هذا وروى أن هشاما أخبر أن محمدا رجع الى قول أبي حنيفة وقال لا يحنث هذا اذا لم يعينه فلم يذكر الاشارة فأما ان عينه فذكر الاشارة بان قال عبد فلان هذا أو داره هذه أو امرأته هذه أو صديقه هذا فباع العبد والدار وطلق وعادى فكلمه ودخل لم يحنث في المملوك من العبد والدار وحنث في غيره من المرأة والصديق عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر يحنث في الكل وهو قول الشافعي ومالك وأحمد لان الاضافة في الكل للتعريف كما قدمنا والاشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة بخلاف التعريف الآخر فلزم اعتبارها وسقوط الاخرى واذا اعتبرت انعقدت اليمين على خصوص العين فلزم الحنث بترك هجرانها بعد الاضافة كما قبله وهما يقولان ان هجران المضاف اذا كان مملوكا ليس لذاته لسقوط اعتبارها فتقيد ببقاء النسبة مع الاشارة وعدمها بخلاف غير المملوك فانه لما كان مما يعادى لنفسه كما يعادى لغيره فعند عدم الاشارة استوى الحال فلا يحنث بالشك ومع زيادة الاشارة ترجح كون هجره لمعنى في نفسه فلا يتقيد الحنث بدوام الاضافة لان كون الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه في غير المملوك غير ظاهر لعدم التعيين أي لانه لم يتعين بخلاف ماتقدم وهو اضافة الملك لان الداعي كما يجوز كونه معنى في المضاف اليه يجوز كونه نفس المضاف حيث كان صالحا لان يعادى لنفسه وقوله لغت الاضافة ممنوع وانما يلزم لو لم تكن لها فائدة أخرى لكن الواقع أن لها فائدة وهي افادة أن الهجران منوط بنسبته الى المضاف اليه لغيظ منه فيعتبر كل منها لفائدته وقد رجح ابن العز قول محمد

فعلى هذا اذا باع فلان عبده فكلمه لم يحنث بالاتفاق وكذا اذا طلق امرأته أو عادى صديقه عنده وعند محمد يحنث كذا قاله في الزيادات وجه قول محمد ان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق قد يهجران لذاتهما مقصودا لا لاجل المضاف اليه وماكان للتعريف لا يشترط دوامه للاستغناء عنه بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينه أي بعين كل واحد منهما كما في الاشارة بأن قال لا أكلم صديق فلان هذا أو زوجة فلان هذه (ووجه ماذكرهنا) يعني عدم الحنث وهو قول أبي حنيفة رحمه الله (وهو رواية الجامع الصغير) فانه ذكر قول محمد في الزيادات وقول أبي حنيفة في الجامع الصغير ولم يذكر لابي يوسف قول وقال فخر الاسلام يحتمل أن يكون قول أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه أي كل واحد من المرأة والصديق لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه ويحتمل أن لا يكون فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك

(قوله وجه ماذكرهنا) أقول وجه ماذكر مبتدأ خبر يجيء بعد أسطر وهو أنه يحتمل الخ

(وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا أو امرأة فلان بعينها أو صديق فلان بعينه لم يحنث فى العبد وحنث فى المرأة والصديق وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يحنث فى العبد أيضا) وهو قول زفر (وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف) وجه قول محمد وزفر أن الاضافة للتعريف والاشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة بخلاف الاضافة فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما أن الداعى الى اليمين معنى فى المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى فى ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعى لمعنى فى المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم قال (وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث) لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى فى الطيلسان فصار كما اذا أشار اليه

وزفر بأن العبد وان كان ساقط المنزلة قد يقصد بالهجران والحالف لو أراد هجرانه لاجل سيده لم يحتج الى الاشارة فلما أشار اليه بقوله هذا علم أن مراده قصده بالهجران قال وكذلك الدار ولكن العبد أظهر لظهور صحة قصده بالهجران كما فى المرأة والصديق انتهى وما ذكر من أن لكل فائدة ففائدة الاشارة التعريف وفائدة الاضافة بيان مناط الهجر قد يدفع بأن الاضافة تستقل بالفائدتين فانها أيضا تعرف الشخص المحلوف على هجره كما تفيد الآخر وجوابه أن الاشارة كما تفيد التعريف يحصل بها التخصيص أيضا وهذا لا يحصل بالاضافة وحدها فانه لو قال عبد فلان انعقدت على كل عبد له وفى قوله عبد فلان هذا لا يحنث بكلام عبد آخر لفلان وان كانت الاضافة تفيد أن سبب هجر العبد نسبته لسيده لكن الحنث فى الايمان لا يثبت بالقياس بل بفعل عين المحلوف عليه لو حلف ليعطين هذا الفقير لفقره لم يحنث اذا لم يعط غيره من الفقراء وهذا الخلاف اذا لم تكن له نية أما لو نوى أن لا يدخلها ما دامت لفلان أو لا يدخلها وان زالت الاضافة فعلى ما نوى لانه شدد على نفسه فى الثانى ونوى محتمل كلامه فى الاول وروى شذوذا عن أبى يوسف فى دار فلان هذه أنه يحنث بعد زوال الاضافة وليس بشئ وعنه أيضا لا يحنث بالدار المتجدد ملكها الان الملك لا يستحدث فيها عادة فانها آخر ما يباع وأول ما يشترى عادة فتقيدت اليمين بالقائمة فى ملكه وقت الحلف أجيب بان العرف مشترك فان الدار قد تباع وتشترى مرارا فلا يصلح مقيدا وعنه أيضا أن اليمين تتقيد فى الكل بالقائم فى ملكه وقت الحلف رواه بشر عنه قال اذا قال دار فلان لا يتناول ما يستحدث ملكه بخلاف قوله دار الفلان لان قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الاضافة والا كان مجملا فلا بد من قيام الملك لفلان وقت يمينه وفى قوله دار الفلان الكلام تام بلا ذكر فلان فكان ذكر فلان تقييدا اليمين عما يكون مضافا الى فلان وقت السكنى ثم فى الحلف لا يسكن دار الفلان لا يحنث بسكنى دار مشتركة بين فلان وغيره وان قل نصيب غيره وفى بعض الشروح لا أتزوج بنت فلان لا يحنث بالبنت التى تولد بعد اليمين بالاجماع وهو مشكل فانها اضافة نسبة فينبغى أن تنعقد على الموجودة حال التزوج فلا جرم أن فى التفاريق عن أبى يوسف ان تزوجت بنت فلان أو أمته انه على الموجود والحادث (قوله وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه صاحبه ثم كلمه حنث) بالاجماع (لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى فى الطيلسان فصار كما لو أشار اليه) أى الى صاحب الطيلسان بان قال لا أكلم هذا الرجل فتعلقت اليمين

وان كان مع الاضافة اشارة بأن قال عبد فلان هذا أو امرأة فلان هذه أو صديق فلان بعينه لم يحنث فى العبد وحنث فى المرأة والصديق فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يحنث فى العبد أيضا وهو قول زفر وجه قولهما ان الاضافة للتعريف وتقريره الاضافة للتعريف وما هو للتعريف يلغو عند وجود ما هو أبلغ منه فيه والاشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف الاضافة لجواز أن يكون لفلان عبيد فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ووجه قولهما ان الداعى الى اليمين معنى فى المضاف اليه وتقريره لا نسلم أن الاضافة للتعريف بل لبيان ان الداعى الى اليمين معنى فى المضاف اليه لان هذه الاعيان أى الدار والدابة والثوب لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى فى ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعى اذ ذاك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعى لمعنى فى المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعين أى لعدم تعين المضاف اليه للهجران لكون المضاف أيضا صالحا لذلك واذا كانت للتعريف لم يشترط دوامها لما ذكرنا بخلاف ما تقدم يعنى اضافة الملك لتعيين المضاف اليه لذلك واعترض بان الدابة والدار والمرأة يجوز أن تهجر لذاتها لشؤمها كما جاء فى الحديث وأجيب بأن ذلك احتمال لم يقترن به عرف فلا يكون معتبرا وقوله (وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان) ظاهر

(قوله لان هذه الأعيان أى الدابة والثوب الخ) أقول فيه أن الدابة والثوب ليسا بمذكورين فيما سبق فتتميم الاشارة لهما أيضا لا بد له من توجيه

وقوله (وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين) جواب عما يقال لو كانت الصفة فى الحاضر لغوا لحنث اذا حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ماصار تمرا وتقريره الصفة فى الحاضر لغو اذا لم تكن داعية الى اليمين وهذه كذلك على مامر من قبل يعنى فى أول باب اليمين فى الأكل والشرب بخلاف الرطب فان صفتها داعية الى اليمين

(ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث) لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة فى الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على مامر من قبل

﴿فصل﴾ قال (ومن حلف لا يكلم حينا أو زمانا أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر) لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به أربعون سنة قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة أشهر قال الله تعالى تؤتى أكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمؤبد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتأبد فيتعين ماذكرنا

اليمين بعينه والطيلسان معرب تيلسان أبدلوا التاء طاء من لباس العجم مدور أسود لحمته وسداه صوف (قوله ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ماصار شيخا حنث لان الحكم معلق بالمشار اليه اذ الصفة فى الحاضر لغو) ولا تتقيد بشبيبته وأورد عليه أنه تقدم لو حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ماصار تمرا لا يحنث مع أن الصفة فى الحاضر لغو فأجاب بقوله وهذه الصفة ليست بداعية الخ يعنى أن الصفة تعتبر فى الحاضر اذا كانت داعية وصفة الرطبية مما تدعو بعض الناس الى الحلف على تركه فتتقيد به بخلاف الشبيبة هنا فانها ليست بداعية على ما تقدم وفى الوجيز لبرهان الدين محمود البخارى حلف لا يكلم صبيا أو غلاما أو شابا أو كهلا فالكلام فى معرفة هؤلاء فى ثلاثة مواضع فى اللغة والشرع والعرف أما اللغة قالوا الصبى يسمى غلاما الى تسع عشرة ومن تسع عشرة شاب الى أربع وثلاثين ومن أربع وثلاثين كهلا الى احدى وخمسين ومن احدى وخمسين شيخ الى آخر عمره وأما الشرع فالغلام لمن لم يبلغ وحد البلوغ معلوم فاذا بلغ صار شابا وفتى وعن أبى يوسف ان من ثلاث وثلاثين الكهولة فاذا بلغ خمسين فهو شيخ قال القدورى قال أبو يوسف الشاب من خمس عشرة الى خمسين سنة الا أن يغلب عليه الشمط قبل ذلك والكهل من ثلاثين الى آخر عمره والشيخ فيما زاد على الخمسين وكان يقول قبل هذا الكهل من ثلاثين الى مائة سنة وأكثر والشيخ من أربعين الى مائة وهنا روايات أخرى وانتشار والمعول عليه ما به الافتاء

(فصل فى يمين من حلف لا يكلم حينا أو زمانا) لما كان ما فيه كالتبع لما تقدم ترجمه بالفصل (قوله ومن حلف لا يكلمه حينا أو زمانا أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر فى النفى) كلا أكلمه الحين أو حينا (والاثبات) نحو لاصومن حينا أو الحين أو الزمان أو زمانا كل هذا اذا لم ينو مقدارا معينا من الزمان فان نوى مقدارا صدق لانه نوى حقيقة كلامه لان كلا من الحين والزمان للقدر المشترك بين القليل والكثير والمتوسط واستعمل فى كل ذلك ففى القليل قول نابغة ذبيان

فبت كأنى ساورتنى ضئيلة * من الرقش فى أنيابها السم ناقع

تبادرها الراقون من سوء سمها * تطلقه حينا وحينا تراجع

يريد أن السم تارة يخف ألمه وتارة يشتد وأما فى الكثير فالمفسرون فى هل أتى على الانسان حين من الدهر أنه أربعون سنة وأما فى المتوسط فقوله تعالى تؤتى أكلها كل حين باذن ربها وذلك ستة أشهر عن ابن عباس رضى الله عنه لان من حين يخرج الطلع الى أن يصير رطبا ستة أشهر ولما وقع الاستعمال كذلك ولا نية معينة للحالف حملناه على الوسط من ذلك وهو ستة أشهر ولان اليسير لا يقصد بالحلف والا لم يحلف

﴿فصل﴾ لما كانت المسائل المذكورة فى هذا الفصل من نوع الكلام متعلقة بالأزمان سماه فصلا (ومن حلف لا يكلم فلانا حينا أو زمانا أو الحين أو الزمان ولا نية له على شئ من الوقت فهو على ستة أشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل) قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون والمراد به وقت الصلاة وقد يراد به أربعون سنة قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر قال المفسرون المراد به أربعون سنة وقد يراد به ستة أشهر قال الله تعالى تؤتى أكلها كل حين أى كل ستة أشهر فمن وقت الطلع الى وقت الرطب ستة أشهر ومن وقت الرطب الى وقت الطلع ستة أشهر ومعناه انه ينتفع بها فى كل وقت لا ينقطع نفعها البتة (وهذا هو الوسط فينصرف اليه) اذا لم تكن له نية وقوله (وهذا) أى الانصراف الى ستة أشهر (لان القصير لا يقصد بالمنع) لعدم الحاجة الى اليمين فى الامتناع عن الكلام فى ساعة واحدة لانه يوجد فيها عادة بلا يمين والمديد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد لان من أراد ذلك يقول أبدا فى العرف فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين ولو سكت تأبد اليمين فحيث ذكر لا بد له من فائدة سوى المستفاد عند عدم ذكره والا لا يكون لذكره فائدة فتعين الاوسط

﴿فصل﴾ قال بعض أصحابنا ان الدهر بلام التعريف الخ) أقول ففى الدهر المعرف منهمار وايتان فلا غبار فى كلام الشرح

وقوله (وكذا الزمان) ظاهر (وكذلك الدهر عند أبي يوسف ومحمد) يعني يقع على ستة أشهر المنكر والمعرف سواء (وقال أبو حنيفة الدهر لا أدري ماهو) وهذا الاختلاف في المنكر وقوله (هو الصحيح) احترازعن رواية بشرعن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه قال لافرق على قول أبي حنيفة بين قوله دهرا وبين قوله الدهر واذا كان الاختلاف في المنكر فالمعرف يكون متفقا عليه فاما أن يكون ستة أشهر كما قالا واما أن يكون يقع على الابد كما قال بعض أصحابنا ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بلاخلاف بينهم وهو الذي ذكره المصنف بقوله أما المعرف بالالف واللام فيراد به الابد عرفا ووجه الجانبين في المنكر ماذكره في الكتاب وهو واضح فان قيل ذكر في الجامع الكبير وأجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا أو أزمنة أو شهورا أو سنين أو جمعا أو أياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها أدنى الجمع المتفق عليه وكان أبو حنيفة أيضا قائلا في دهور منكرة بثلاثة منها فكل دهر ستة أشهر كما هو قولهما والحكم في الجمع موقوف على معرفة الافراد فكيف حكم في الجمع وتوقف في المفرد أجيب بأن ذلك تفريع لمسئلة الدهر على قول من يدعي معرفة الدهر فكانه قال من وقف على معنى الدهر يجب عليه أن يقول في الجمع المنكر منه بثلاثة كما في الازمنة والشهور كما فعل مثل ذلك في المزارعة و بيان اختلاف الاستعمال فيه أن معرفه يقع الابد بخلاف الحين والزمان رحمنا و يقال دهري لمن قال بالدهر وأنكر الصانع وحكى الله تعالى عنهم بقوله ومايهلكنا الاالدهر قال صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فهذا اسم لم يوقف على مراد المتكلم عند الاطلاق والتوقف في مثل ذلك لا يكون الامن كمال العلم والورع

وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال مارأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم تكن له نية أما اذا نوى شيأ فهو على مانوى لانه نوى حقيقة كلامه (وكذلك الدهر عندهما وقال أبو حنيفة الدهر لا أدري ماهو) وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح أما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما أن دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال مارأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى وأبو حنيفة توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال

لتحقق الامتناع عنه عادة بلا يمين والمديد وهو أربعون سنة لا يقصد بالحلف عادة لانه في معنى الابد فيريده خارج عن العادة اذ لم يسمع من يقول لاأكلمه أربعين سنة مقيدا بها ولو سكت عن الحين ومامعه تأبد فالظاهر أنه حينئذ لم يرد أقل ماينطلق عليه الاسم من الزمان ولا الابد ولا الاربعين فيحكم بالوسط في الاستعمال وهو ماذكرنا والشافعي يصرفه الى الاقل وهو ساعة وعرفت أنه لم يقصد والا لترك ذكره ويحصل بلا حلف والزمان يستعمل استعمال الحين يقال مارأيتك منذ زمان كما يقال منذ حين وليس المراد من هذا أنه ثبت استعماله لستة أشهر ولا لاربعين سنة ولا لاقل ماينطلق عليه بل انه ثبت استعماله في المديد والقصير والمتوسط وهو أخو الحين في الوضع والاستعمال في ذلك وان يكن مثله في خصوص المدة فيصرف الى ماسمع متوسطا ثم قيل هذا ان تم في زمان المنكر لم يتم في المعرف بل الظاهر فيه أنه للابد كالدهر والعمر ولذا صح الاستثناء منه فلو قال لاأكلمه الزمان الاسنة صح وعهدية الستة أشهر انما ثبت في لفظ الحين وكون الزمان مثله ان أريد في الوضع فسلم ولا يفيد لان المقصود أن يحمل اللفظ عند عدم المعين لخصوص مدة على المدة التى استعمل فيها وسطا وان أريد في الاستعمال فيحتاج الى ثبت من موارد الاستعمال ولم يوجد هذا و يعتبر ابتداء الستة أشهر من وقت اليمين بخلاف لاصومن حينا أو زمانا كان له أن يعين أي ستة أشهر شاء وتقدم الفرق (قوله وكذلك الدهر عند أبي يوسف ومحمد) يعني المنكر ينصرف الى ستة أشهر اذا لم تكن له نية في مقدار من الزمان فان كان عمل به اتفاقا وقال أبو حنيفة الدهر لا أدري ماهو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح احترازا عماذكر الشيخ أبو المعين من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف أنه قال لافرق على قول أبي حنيفة بين قوله دهرا والدهر والصحيح أن المعرف بالاتفاق يصرف الى الابد وانما توقفه في المنكر لان استعماله لم تثبت على الانحاء الثلاثة المديد والقصير والوسط فلم يدر بماذا يقدر وتقديره بالمتيقن وهو أقل ماينطلق عليه اسم الزمان فيه من الاستبعاد ماتقدم ولم يثبت توقيت في زائد عليه فلزم التوقف وقيل لانه جاء في الحديث ان الدهر هو الله تعالى في قوله صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فاذا قال لاأكلمه الدهر احتمل أن اليمين مؤبدة والمعنى والله لاأكلمه والله فانك علمت أن حرف القسم يحذف و ينصب الاسم ويحتمل أنه أراد الظرف وهو الابد وقول الشاعر

هل الدهر الا ليلة ونهارها * والا طلوع الشمس ثم غيارها

فالنكرة وان كانت في الاثبات فهي للعموم بقرينة أي كل طلوع وكل غروب الخ وعرف أنها تستعمل في الاثبات للعموم بقرينة مثل علمت نفس ماأحضرت وهذا الوجه يوجب توقفه في المعرف أيضا لان الذي يراد به الله سبحانه وتعالى هو المعرف منه لا المنكر وتوقفه دليل فقهه ودينه وسقوط اعتباره نفسه

(قوله و يقال دهري الى قوله عند الاطلاق) أقول فيه تامل

وقوله (ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) هو رواية الجامع الكبير وذكر فيه أنه بالاتفاق وذكر في كتاب الايمان أنه على عشرة أيام عنده كما في المعرف قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع أصح لانه ذكر الايام بالتنكير ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على أقل الجمع وهو الثلاثة ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة وقالا على أيام الاسبوع والاصل أن حرف التعريف اذا دخل على اسم الجمع ينصرف الى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند أبي حنيفة وهو العشرة لان الناس يقولون في العرف ثلاثة أيام وأربعة أيام الى عشرة أيام ثم بعد ذلك يقولون أحد عشر يوما ومائة يوم وألف يوم فلما كانت العشرة أقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المرادة بخلاف ما اذا حلف لا يتزوج النساء حيث يقع اليمين على الواحدة لتعذر صرفه الى أقصى ما ينتهي اليه اسم النساء وعندهما ينظر ان كان ثمة معهود ينصرف اليه والا ينصرف الى جميع العمر وفي الايام المعهود في عرف الناس أيام الاسبوع فكانت مرادة وفي الشهور المعهود شهور السنة فكانت مرادة وهي اثنا عشر شهرا ولا معهود في الجمع والسنين فينصرف يمينه الى جميع العمر وقوله (لانه يدور عليها) قيل أي لان الشهور تدور على اثنى عشر وكان القياس أن يقول لانها تدور عليه ولكن أول بالمذكور في الاول وبالافراد في الثاني

(ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة وقالا على أيام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة أشهر عنده وعندهما على اثنى عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة (وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين) وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه

رحمنا الله به وقد نظم جملة ما توقف فيه فقال بعضهم

من قال لا أدري لما لم يدره * فقد اقتدى في الفقه بالنعمان
في الدهر والخنثى كذلك جوابه * ومحل أطفال ووقت ختان

والمراد بالاطفال أطفال المشركين على ما قدمنا في الجنائز ❁ فرع اذا قال لا أكلمه العمر فهو على الابد واختلف جواب بشر بن الوليد في المنكر نحو عمرا ففي مرة قال في لله علي صوم عمر يقع على يوم واحد ومرة قال هو مثل الحين ستة أشهر الا أن ينوي أقل أو أكثر (قوله ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) ذكره في الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق فانه قال وأجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا أو أزمنة أو شهورا أو سنين أو جمعا أو أياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها أدنى الجمع المتفق عليه وذكر في كتاب الايمان أنها على عشرة أيام عنده كالمعرف قال الاسبيجابي والمذكور في الجامع أصح ووجهه المصنف بقوله لانه اسم جمع منكر فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث كما يتناول أكثر منه لكن لا معين للزائد فلزم المتيقن كما لو حلف لا يشتري عبيدا ولا يتزوج نساء يقع على ثلاثة وأورد أن حكاية الاتفاق في المثل المذكورة توجب عدم توقف أبي حنيفة في معنى الدهر لان من لا يدري معنى المفرد لا يدري معنى الجمع وهذا ليس بشيء اذ قوله الدهور لثلاثة مما يراد به ليس فيه تعيين معناه أنه ما هو نعم يلزم لكل عاقل نفي أن يراد به الله سبحانه وتعالى لمكان الجمع ومن فروع المنكر حلف لا يكلمه يوما ان حلف قبل الطلوع فهو على ما من الطلوع الى الغروب وان حلف بعده فهو على ما من وقت حلفه الى مثله من اليوم الثاني ويدخل الليل فان كلمه ليلا حنث ولو قال اليوم وقع على بقية يومه ولو حلف لا يكلمه يومين دخل الليل سواء حلف بعد الطلوع أو قبله والجواب في الليل مثله في اليوم (قوله ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة) وكذلك الجمع والشهور والسنين والدهور والازمنة بالتعريف ينصرف الى عشرة من تلك المعدودات ففي غير الازمنة ظاهر وفي الازمنة يلزمه خمس سنين لان كل زمان ستة أشهر عند عدم النية وقالا في الايام ينصرف الى أيام الاسبوع وفي الشهور الى اثنى عشر شهرا وفي الجمع والسنين والدهور والازمنة ينصرف الى جميع العمر وهو الابد وجه قولهما ان اللام للعهد اذا أمكن واذا لم يمكن صرفت الى الاستغراق والعهد ثابت في الايام السبعة فانصرفت الايام اليها وفي الشهور شهور السنة فينصرف التعريف اليها ولا عهد في خصوص فيما سواهما فينصرف الى استغراق الجمع والسنين والدهور والازمنة وذلك هو جميع العمر أو هي للعهد فيها أيضا فان المعهود بعد ما ذكرنا ليس الا العمر وهو قول المصنف لانه لا معهود دونه أي دون العمر وحاصله استغراق سني العمر وجمعه وله أنه جمع معرف باللام فينصرف الى أقصى ما عهد مستعملا فيه لفظ الجمع على اليقين وذلك عشرة وعهديته كذلك فيما اذا وقع مميزا العدد قبله فانه يقال ثلاثة أيام

(قوله ينصرف الى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع) أقول أي من العدد (قوله قيل أي لان الشهور الخ) أقول صاحب القيل هو الاتقاني

فيكون لفظ أيام مرادا بها الثلاثة بيقين وكذا أربعة أيام وخمسة أيام الى عشرة فكانت العشرة منتهى ماقطع بارادته بلفظ الجمع فيما لا يحصى من الاستعمالات فكان معهودا من لفظ الجمع بخلاف قوله تعالى وقطعناهم اثنتى عشرة أسباطا أمما وان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا فان الجمع هنا وان أريد به يقينا ما يزيد على العشرة لكنه بوجود ذلك مرادا مرة لا يصير معهودا من اللفظ بحيث يصرف اليه متى ذكر بلا معين وكان المعهود مما يستعمل فيه لفظ الجمع يقينا مستمرا ليس الا العشرة فما دونها والعشرة منتهى ما عهد شائعا ارادته به قطعا فيجب الحمل عليه وبخلاف ما اذا لم يقع مميز العدد نحو وتلك الايام نداولها بين الناس حيث أريد به جميع الايام فان اللام فيه للجنس على سبيل الاستغراق ولا ينكر أن يراد باللام ذلك لكن المقرر انه حيث أمكن العهد حمل عليه دون الجنس والاستغراق والعهد ثابت فيما يراد بالجمع عند عدم قرينة والفرض أن الحالف لم يرد شيأ بعينه فالواجب أن يصرف الى المعهود المستمر وانما اعتبر أقصى المعهود وان كان ما دونه معهودا أيضا لانه كما عهد استعماله مميزا فى العشرة عهد فيما دونها الاستغراق اللام ولما كان الاستغراق الذى حكم به عند عدم العهد انما ثبت لان مدخول اللام لما لم يكن عهد ولا قرينة تعين غير الاستغراق من المراتب حتى صرف الى الجنس الصالح للقليل والكثير كان للاستغراق وهنا أيضا كذلك لما انصرف الى المعهود والمعهود كل مرتبة من المراتب التى أولها ثلاثة وأقصاها عشرة ولا معين كانت لاستغراق المعهود وبهذا التقرير يندفع ما أورده ابن العز من قوله وهذا أى كون أقصى ما يراد به العشرة انما يكون عند ذكر العدد واذا لم يذكر يسمى الزائد عليه بالجمع بلا ريب وذكر شاهد ذلك قوله تعالى وتلك الايام نداولها وان عدة الشهور قال وليس فى قول الحالف لا أكلمه الشهور اسم العدد فلا يصح أن يقال انه أقصى ما يذكر بلفظ الجمع وكذلك الايام وانما قلنا انه اندفع لانك علمت أن القصد تعيين ما عهد مرادا بلفظ الجمع على وجه الاستمرار ليحمل عليه لفظ الجمع الخاص عند عدم ارادة شئ بعينه فكون لفظ أريد به غير ما عهد مستمرا كثيرا لا يوجب نفى عهديته فى غيره وأما مشاحته الخبازى حيث قال الخبازى اسم الجمع للعشرة وما دونها الى الثلاثة حقيقة حالتى الاطلاق واقترانه بالعدد ولما زاد على العشرة عند الاطلاق عن العدد والاسم متى كان للشئ فى جميع الاحوال كان أثبت مما هو اسم له فى حال دون حال فليست بشئ فانه دفع كلامه هذا بقوله كأنه لم يبلغه الفرق بين الجمع واسم الجمع فلهذا قال انه للعشرة وما دونها حقيقة فى حالين ولما فوقها فى حالة واحدة وانما قالوا هذا فى بعض أسماء الجموع انه يطلق من الثلاثة الى العشرة كما فى رهط وذود ونفر الى آخر ما ذكره ولم يعلم أن الاضافة فى قول الخبازى اسم الجمع بيانية والمعنى الاسم الذى هو الجمع ومثل هذا فى عبارات جميع أهل الفنون أكثر وأشهر من أن يخفى على ناظر فى العلم فحاصل كلام الخبازى أن الجمع فى العشرة فما دونها أثبت منه فيما زاد عليه لان الاول يراد به فى حالتين والثانى فى حالة يعنى فكان الحمل على ما عهد له فى الحالتين عند عدم المعين لازما وحقيقة ما ذكرناه فى مبدا التقرير شرح له والله الموفق نعم لقائل أن يرجح قولهما فى الايام والشهور بأن عهدهما أعهد وذلك لان عهدية العشرة انما هو للجمع مطلقا من غير نظر الى مادة خاصة يعنى الجمع مطلقا عهد للعشرة فاذا عرض فى خصوص مادة من الجمع كالايام عهدية عدد غيره كان اعتبار هذا المعهود أولى وقد عهد فى الايام السبعة وفى الشهور الاثنى عشر فيكون صرف خصوص هذين الجمعين اليهما أولى بخلاف غيرهما من الجموع كالسنين والازمنة فانه لم يعهد فى مادتيهما عدد آخر فيصرف الى ما استقر للجمع مطلقا من ارادة العشرة فما دونها فان قيل هذه مغالطة فان السبعة المعهودة نفس الازمنة الخاصة المسماة بيوم السبت ويوم الاحد الى آخره والكلام فى لفظ أيام اذا أطلق هل عهد منه تلك الازمنة الخاصة السبعة لا شك فى عدم ثبوته فى الاستعمال اذ لم يثبت كثرة اطلاق لفظ أيام وشهور ويراد به يوم السبت والاحد الى الجمعة والمحرم وصفر الى آخرها على الخصوص

بل

(ومن قال لعبده ان خدمتني أياما كثيرة فأنت حر فالايام الكثيرة عند أبي حنيفة رحمه الله عشرة أيام) لانه أكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة أيام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة أيام لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع

بل الازمنة الخاصة المسميات متكررة وغير متكررة وغير بالغة السبعة بحسب المرادات للمتكلمين فالجواب منع توقف انصراف اللام الى العهد على تقدم العهد عن لفظ النكرة بل أعم من ذلك بل لا فرق بين تقدم العهد بالمعنى عن اللفظ أولا عنه فانه اذا صار المعنى معهودا بأي طريق فرض ثم أطلق اللفظ الصالح له معرفا باللام انصرف اليه وقد قسم المحققون العهد الى ذكري وعلمي ومثل للثاني بقوله تعالى اذهما في الغار فان ذات الغار هي المعهودة لا من لفظ سبق ذكره بل من وجود فيه وعلى هذا فيجب جعل ما سماه طائفة من المتأخرين بالعهد الخارجي أعم مما تقدم ذكره أو عهد بغيره كما ذكرنا ونظير هذا قولنا العام يخص بدلالة العادة فان العادة ليست الا عملا عهد مستمرا ثم يطلق اللفظ الذي يعمها وغيرها فيقيد بها العهد بها اعملا لا لفظا ولا قوة الا بالله (قوله ومن قال لعبده ان خدمتني أياما كثيرة فأنت حر فالايام الكثيرة عند أبي حنيفة عشرة أيام لانه أكثر ما تناوله اسم الايام) على اليقين على ما تقدم (وقالا سبعة أيام لان ما زاد عليها تكرار) وقد يقال قد تقدم في قضاء الفوائت ان الكثرة بالدخول في حد التكرار ومقتضاه ان نظر الى الكثرة بهذا المعنى هنا أن لا يحنث الا بثمانية أيام وانما ينظر الى الكثرة من جهة العرف لان العرف مختلف فربما يقال في السبعة كثيرة وربما يقال قليلة وكذا العشرة والعشرون فانه يقال باعتبارات ونسب لم تنضبط وصورة المسئلة أن لا نية للقائل في مقدار الكثير ففرع كل على أصله ثم قال أبو اليسر أما بلساننا فلا يجيء هذا الاختلاف بل يصرف الى أيام الجمعة بالاتفاق حتى لو قال لعبده اكر خدمت كني مرا روزهاي بسيار تو آزادي اذا خدم سبعة أيام يعتق لان في لساننا تستعمل مع جميع الاعداد لفظة روز فلا يجيء ما قال أبو حنيفة من انتهاء الايام الى العشرة وهذا حسن والله أعلم ﴿ فروع قال أول يوم من آخر هذا الشهر فهو على السادس عشر منه وآخر يوم من أول هذا الشهر يقع على الخامس عشر منه وجمع وسنون منكر يقع على ثلاث بالاتفاق ولو حلف ليفعلن كذا عند رأس الشهر أو عند رأس الهلال أو اذا أهل الهلال ولا نية له فله الليلة التي يهل فيها ويومها وان نوى الساعة التي أهل فيها صحت نيته لانه حقيقة كلامه وفيه تغليظ عليه ولو قال أول الشهر ولا نية له فله من اليوم الاول الى خامس عشره وان قال آخر الشهر فمن سادس عشره الى آخره أو غرة الشهر فالليلة الاولى واليوم الاول في العرف وان كان في اللغة للايام الثلاثة أو سلخ الشهر فالتاسع والعشرون وان قال صلاة الظهر فله وقت الظهر كله وعند طلوع الشمس له من حين تبدو الى أن تبيض وان قال وقت الضحوة فمن حين تبيض الى أن تزول ففي أي وقت فيما بين ذلك فعل بر وان قال المساء فقد تقدم أن المساء مساآن ولو قال في الشتاء ونحوه فعن محمد ان كان عندهم حساب يعرفون به الشتاء والربيع والصيف والخريف فهو على حسابهم وان لم يكن فالشتاء ما يشتد فيه البرد على الدوام والصيف ما يشتد فيه الحر على الدوام فعلى هذا القياس الخريف ما ينكسر فيه الحر على الدوام والربيع ما ينكسر فيه البرد على الدوام وقال أبو الليث قال محمد ليس عندنا شئ في معرفة الصيف انما يرجع فيه الى قول الناس فاذا قالوا بأجمعهم ذهب الشتاء والصيف فهو كذلك يعتبر العرف في هذه المسائل وفي الواقعات والمختار انه اذا كان الحالف في بلد لهم حساب يعرفون به الصيف والشتاء مستمرا ينصرف اليه والا فأول الشتاء ما يلبس الناس فيه الحشو والفرو وآخره ما يستغني الناس فيه عنهما والفاصل بين الشتاء والصيف اذا استثقل ثياب الشتاء واستخف ثياب الصيف والربيع من آخر الشتاء الى أول الصيف والخريف من آخر الصيف الى أول الشتاء لان معرفة هذا أيسر للناس وقيل اذا كان على الاشجار أوراق وثمار فهو صيف واذا بقي الاوراق

وقوله (ومن قال لعبده) ظاهر وقوله (وقيل لو كانت اليمين بالفارسية) يعني مثل أن يقول اكر خدمت كني مرا روزهاي بسيار تو آزادي اذا خدم سبعة أيام ينبغي أن يعتق لان في لساننا يستعمل في جميع الاعداد لفظة روز فلا يجيء ما قال أبو حنيفة في العربية من انتهاء لفظ الجمع الى عشرة فلذلك أريد في العربية أكثر ما ينطلق عليه اسم الايام لان بعد ذلك لا يقال ايام بل يقال احدى عشر يوما ومائة يوم وألف يوم وقيل في تعليل المصنف نظر لان لفظ الفرد بالفارسية اما أن يفهم منه معنى الجمع أولا فان فهم ينبغي أن يكون العربي والفارسي سواء وان لم يفهم ينبغي أن لا يكون الاسبوع مرادا أيضا ويمكن أن يجاب عنه بأنه يفهم منه معنى الجمع وقوله (ينبغي أن يكون العربي والفارسي سواء) قلنا ممنوع لان لفظ الفارسي وان أفاد معنى الجمع لكن لا ينتهي الى العشرة وتخصيص أيام الاسبوع لكونه المعهود اوله ادم القائل بالفصل

(قوله وقيل في تعليل المصنف نظر الخ) أقول صاحب القيل هو الاتقاني أيضا

قدم هذا الباب على غيره لان الحلف بهما أكثر وقوعا فكان معرفة أحكامه أهم من غيره (ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت ولو قال ذلك (٧٦) لأمته وعلق به الحرية عتقت) لان الشرط ولادة الولد وقد تحققت لان الموجود مولود حقيقة وعرفا وحكما اما حقيقة فظاهر وكذلك عرفا لانه يسمى في العرف ولدا وأما شرعا فلان الشرع اعتبره ولدا حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد واذا تحقق الشرط ثبت الحكم (ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا) أن الموجود مولود الخ لكن الميت لما لم يكن محلا للحرية انحلت اليمين لكن لا الى جزاء كما لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار بعد ما أبانها وانقضت عدتها انحل اليمين لا الى جزاء وقوله (ولابي حنيفة ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة) يعني أن الولد وان كان مطلقا في اللفظ لكنه مقيد بوصف الحياة دلالة لانه قصد اثبات الحرية له جزاء والميت ليس بمحل لها فصار كما لو قال اذا ولدت ولدا حيا ولم يوجد بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه أي الجزاء لا يصلح مقيد الاستغنائهما عن حياة الولد فلم يكن الشرط الا ولادة الولد وقد تحققت على ما بينا واستشكل بما لو قال اذا اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبد الغير انحلت يمينه حتى لو اشترى بعد ذلك عبد النفسه لم يعتق مع أنه جعل شراء العبد شرط الحريته وعبد الغير ليس محلا للحرية عن المشتري لعدم ملكه وأجيب بأن الاضمار انما يكون لتصحيح الكلام والحاجة الى اضمار الملك لتصحيحه ليست كالحاجة الى اضمار الحياة لان الحرية بدون الحياة لا تتصور أصلا وفي ملك الغير تتصور موقوفة على الاجازة فلا يلزم من وجوب اضمار الحياة اضمار الملك

﴿ باب اليمين في العتق والطلاق ﴾

(ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فأنت حرة) لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد له فتحقق الشرط وهو ولادة الولد (ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما) لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحياة فصار كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا

دون الثمار فخريف واذا لم يبق عليها أوراق فالشتاء واذا خرجت الاوراق دون الثمار فالربيع وهو اذا خرجت الازهار ولو قال الى وقوع الثلج أراد وقت وقوعه فعلى ذلك وهو الشهر الذي يقال له بالفارسية أذار فان لم يكن له نية أو نوى حقيقة وقوعه فعلى حقيقة الوقوع وهو الشهر الذي يحتاج فيه الى كنسه ولا يعتبر ما يطير في الهواء وما لا يستبين على وجه الارض ولو وقع الثلج في بلد غير بلد الحالف لا يعتبر بل المعتبر وقوعه في بلدته حتى لو كان الحالف في بلدة لا يقع بها ثلج تأبدت اليمين ولو قال الى قدوم الحاج فقدم واحد منهم انتهت اليمين ولو ذكر ليلة القدر فان كان لا يعرف اختلاف العلماء فيها فعلى السابعة والعشرين من شهر رمضان وبه أخذ الفقيه أبو الليث وان كان يعرف لا ينصرف اليها والخلاف فيه معروف بين علمائنا فان كان حلف في أثناء الشهر لا يحنث عندهما حتى يجيء مثله من رمضان القابل وعند أبي حنيفة حتى يمضي كل رمضان القابل وعليه الفتوى وهذا بناء على أنها في رمضان عند الكل لكنه يقول تتقدم وتتأخر وعندهما في ليلة بعينها لا تتقدم ولا تتأخر لكن لا تعرف

﴿ باب اليمين في العتق والطلاق ﴾

لما كثر وقوع الحلف بالطلاق والعتاق بعد ما تقدم قدمه على ما بعده (قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت) وكذا اذا علق به عتق أمة لان بولادة الميت يتحقق الشرط لان الميت ولد حقيقة وهو ظاهر وشرعا حتى تنقضي به العدة وتصير به نفساء اذا رأت الدم فتحرم الصلاة عليها وتصير به الامة أم ولد وفي الحديث من رواية أبي عبيد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في السقط يظل محبنطئا على باب الجنة حتى يدخل أبواه الجنة يروى بالهمزة وهو العظيم البطن المنتفخ أي ينفخ بطنه من الامتلاء من الغضب وبلا همز وهو المتغضب المستبطئ للشئ والفعل منهما احبنطأ مهموزا واحبنطى مقصورا ومن هذا يؤخذ أن السقط له حكم الولد وكذلك هو في الحكم فلو أسقطت سقطا استبان بعض خلقه طلقت وعتقت أيضا لانه ولد حتى صارت الامة به أم ولد ولو لم يستبن شئ من خلقه لا يعتبر وتقدم حكمه في الحيض (قوله ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا آنفا) لكنه ليس محلا للعتق فتنحل اليمين

(واذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق) لان الاول اسم لفرد سابق (فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم) لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية (وان قال أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتق الثالث) لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف (وان قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم مات لم يعتق) لان الآخر اسم لفرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا (ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر) لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية (ويعتق يوم اشتراه عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات)

اليمين به ولا ينزل الجزاء كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق فابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت اليمين ولا يحنث حتى لو رجعت فدخلت لا يقع ولابي حنيفة أن الشرط ليس الا الولد الحي هنا بخلاف ما قبله وهذا لانه جعل الجزاء وصفا للموصوف بالشرط وهو الولد وهذا الوصف الخاص وهو الحرية لا يكون الا في الحي فتقييد الموصوف بالشرط بالحياة والا لغى الكلام فكأنه قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق للام وحريتها لانه لا يصلح مقيد الولد بالحي لان الحرية والطلاق واقع وصفا لغيره فلا يلزم تقييده به وأورد عليه ما لو قيل اذا اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبد الغيره ثم عبد النفسه لا يعتق الثاني لانحلال اليمين بالاول ولم يتقيد ضرورة وصفه بالحرية بعبد لنفسه أجيب بان المشترى لغيره محل للاعتاق لصحة ثبوته فيه موقوفا على اجازة مالكه فانحلت اليمين به ولم يحتج الى اضمار الملك فيه أما الميت فلا يصح ايجاب العتق فيه لا موقوفا ولا غيره وبهذا يقع الجواب عما قد يورد من أن قوله ان دخلت فأنت طالق فان الموصوف بالجزاء هو الموصوف بالشرط ومع هذا لو أبانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت ولم يقع بعد ولم يضمر قوله ان دخلت الدار في عصمتي ونحوه لانها بعد انقضاء العدة محل لمثل هذا المعنى لانه لو قال ان تزوجتك فأنت طالق صح وتوقف على نكاحها فتطلق عنده بذلك الطلاق وفي الايضاح لو قال أول عبد يدخل على فهو حر فأدخل عليه عبد ميت ثم عبد حي يعتق الحي ولم يذكر الخلاف والصحيح أنه على الاتفاق لان العبودية لا تبقى بعد الموت ولو قال أول عبد أملكه فهو حر فاشترى عبدا ونصفا معا عتق التام بخلاف ما لو قال أول كر أملكه فهو هدى فملك كرا ونصفا كذلك لم يهد شيئا لان النصف يزاحم كل نصف من الكر لانه مع كل نصف منه كر بخلاف نصف العبد فانه متصل بالنصف الآخر فيكمل العبد بنصفيه ذكره التمرتاشي والمرغيناني (قوله واذا قال أول عبد أشتريه فهو حر) فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فتحقق بشرائه شرط العتق فيعتق فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية فيه ولو كان قال أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة فيقيد عامله وهو الشراء بمعناه فيفيد أن الشراء في حال تفرد المشترى وهو صادق في الثالث فيعتق بخلاف ما لو قال أول عبد أملكه واحدا لا يعتق الثالث لان واحدا يحتمل التفرد في الذات فيكون حالا مؤكدة لان الواقع كونه كذلك في ذاته فلا يعتق لان كلا من الاولين كذلك فانه أول بهذا المعنى فانه في ذاته فرد واحد وسابق على من يكون بعده فلم يكن الثالث أولى بهذا المعنى ويلزم على هذا أنه لو قصد هذا المعنى يعتق كل من الاثنين السابقين ويحتمل كونه بمعنى الانفراد في تعلق الفعل به فتكون مؤسسة فيعتق لانه المنفرد في تعلق الفعل بخلاف الاولين فلا يعتق بالشك وقيل لانه يحتمل أن يكون حالا من العبد وأن يكون حالا من المالك أي حال كوني منفردا فلا يعتق بالشك اليه أشار شمس الائمة وقاضيخان (قوله وان قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات المولى لم يعتق لان الآخر فرد لاحق) والفرض أن لا سابق لهذا العبد فلا يكون لاحقا فلم يتحقق مناط العتق فلم يعتق وهذه المسئلة مع التي تقدمت تحقق أن

(ولو قال أول عبد أشتريه فهو حر) على ما ذكر في الكتاب ظاهر وكذا قوله أول عبد أشتريه وحده وهي من مسائل الجامع الكبير واستشكل بما لو قال أول عبد أملكه واحدا فهو حر فاشترى عبدين معا ثم اشترى آخر لا يعتق الثالث مع أن معنى التفرد فيهما على طريقة واحدة وفرق بينهما بأن واحدا يقتضى نفي المشاركة في الذات ووحده يقتضيه في الفعل المقرون به دون الذات ولهذا اصدق الرجل في قوله في الدار رجل واحد وان كان معه فيها صبي أو امرأة وكذب في ذلك اذا قال وحده واذا كان كذلك قلنا اذا قال واحدا انه أضاف العتق الى أول عبد مطلق لان قوله واحدا لم يفد أمرا زائدا على ما أفاده لفظ أول فكان حكمه كحكمه واذا قال وحده فقد أضاف العتق الى أول عبد لا يشاركه غيره في التملك والثالث بهذه الصفة فيعتق وقوله (وان قال آخر عبد أشتريه فهو حر) واضح قوله (ويعتبر من جميع المال) يعني اذا كان اشتراه في الصحة

(قوله اذا قال واحدا الخ) أقول ولانه يحتمل أن يكون حالا من العبد أو من المولى فلا يعتق بالشك كذا قال الزيلعي أخذا من الكافي ونحن نقول وذلك الاحتمال ليس بثابت في وحده لكان الضمير المانع عن الحالية من المولى فانه لو كان حالا منه لقيل وحده كما لا يخفى

(قوله لان قوله واحدا لم يفد امرا زائدا) أقول لكونه حالا مؤكدة كقوله تعالى انا أنزلناه قرآنا عربيا والتفصيل في شرح المفتاح للسيد

وقوله (حتى يعتبر من ثلث المال) يعني على كل حال لان شرط العتق آخرية العبد المشترى وهى لاتثبت الا بعدم شراء غيره بعده وعدم شراء غيره يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عنده فيقتصر عليه ولابى حنيفة ان الموت معرف وتقريره انه لما اشترى الثانى بعد الاول ثبت صفة الآخرية فيه لكن كانت بعرضية أن يزول بشراء غيره فلا يحكم بعتقه مالم يتيقن فاذا مات ولم يشتر غيره عرفنا تقرر صفة الآخرية عليه فيعتق من ذلك الوقت كما لو قال لامته اذا حضت فأنت حرة فرأت الدم لاتعتق لجواز أن ينقطع الدم فيما دون ثلاثة أيام فاذا استمر بها الدم ثلاثة أيام عتقت من حين رأت لانه تبين أن ما رأته كان حيضا حين رأت الدم الى هذا أشار الامام السرخسى ذكره فى النهاية وفيه تسامح لان ماذكر فى الكتاب من باب الاستناد وما مثل به من باب التبيين ويجوز أن يقال الغرض من التمثيل بيان عدم الاقتصار والاستناد والتبيين فى ذلك سواء وقوله (وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به) أى بوصف الآخرية كما اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات عندهما يقع الطلاق مقصورا على الموت حتى تستحق الميراث وعند أبى حنيفة يقع مستندا الى وقت التزوج فلا تستحقه وفائدة التقييد بالثلاث جاز أن يكون بيان الطلاق البائن فان به يكون الزوج فارا وترث المرأة عندهما وأما قال (ومن قال كل عبد بشرنى بولادة فلانة) البشارة اسم لخبر غاب عن المخبر علمه وقد يكون بالخير وقد يكون بالشر الا أنه فى العرف يستعمل فيما يسر وينفى الحزن و يتحقق من واحد فأكثر فاذا قال كل عبد بشرنى بولادة فلانة (فبشره ثلاثة)

حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لاتثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابى حنيفة أن الموت معرف فاما اتصافه بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به وفائدته تظهر فى جريان الارث وعدمه (ومن قال كل عبد بشرنى بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين عتق الاول) لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول

المعتبر فى تحقق الآخرية وجود سابق بالفعل وفى الاولية عدم تقدم غيره لاوجود آخر متأخر عنه والا لم يعتق المشترى فى قوله أول عبد أشتريه فهو حر اذا لم يشتر بعده غيره ولو اشترى عبدا ثم عبدا فى قوله آخر عبد أشتريه فهو حر ثم مات المولى عتق الآخر اتفاقا لانه فرد لاحق لم يعقبه غيره واختلفوا فى وقت عتقه فقال أبو حنيفة يعتق من يوم اشتراه حتى يعتبر عتقه من جميع المال ان كان اشتراه فى الصحة والا عتق من الثلث وقالا يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر عتقه من الثلث سواء اشتراه فى الصحة أو المرض وجه قولهما أن الآخرية لاتثبت الا بعدم شراء غيره بعده الى الموت فصار كانه قال ان لم أشتر بعدك آخر فأنت حر ولو قاله كان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه فكذا اذا كان معناه ثابتا ولأبى حنيفة أن الموت معرف للشرط وليس بشرط وانما الشرط اتصافه بالآخرية وهذه الصفة حصلت له من وقت الشراء الا أن هذه الصفة بعرضية الزوال بأن يشترى بعده غيره فاذا مات ولم يشتر تبين انه كان آخرا من وقت الشراء فتبين به أنه عتق من ذلك الوقت كما لو قال لامرأته ان حضت فأنت طالق فرأت الدم لايحكم بطلاقها فى الحال بل حتى عند ثلاثة أيام فاذا امتد ظهر أنها طلقت حين رأت الدم حيث ظهر أن ذلك الدم كان حيضا وكون صفة الآخرية انما تثبت بعدم شراء غيره وأن العدم لايتحقق الا بالموت صحيح لكنه لم يجعل الشرط عدم الشراء بل أمر آخر لايتحقق ظهوره الا به فلا يقع عنده مقتصرا الا لو كان هو نفس الشرط فاذا كان المظهر لتحقق الشرط ثبت عنده مستندا وعلى هذا الخلاف اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات يقع عند الموت مقتصرا عندهما ومستندا عنده وفائدته أى فائدة هذا الخلاف تظهر فى حرمان الارث وعدمه فعندهما ترث لانه يجعل فارا حيث حكما بطلاقها فى آخر نفس من حياته و يلزمه مهر واحد ان كان دخل بها وكذا ان لم يكن دخل بها لانتهاء النكاح بالموت وتعتد عدة الوفاة والطلاق عند محمد وعند أبى يوسف عدة الطلاق لاغير ولو كان الطلاق رجعيا كان عليها عدة الوفاة وعنده لاترث لانها طلقت ثلاثا وقت تزوجها حتى لو دخل بها لزمه مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وتعتبر عدة الطلاق وهذا بخلاف قوله ان لم أتزوج عليك فانه اذا مات يقتصر طلاقها على الحال بالاتفاق لانه صرح بكون الشرط عدم التزوج وهو أن يموت قبله فيتحقق به الشرط وليس مثل الاول لان مع آخر جزء من حياته آخر جزء من العدم المجعول شرطا فلم يكن العدم السابق تمام الشرط اذ مالم يتم آخر الشرط لايتحقق الشرط بخلاف الآخرية فانها تتم بذلك الشرط الى آخر ما ذكرناه ولو قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوجها ثم أخرى ثم طلق الاولى وتزوجها ثم مات لم تطلق هى وتطلق التى تزوجها مرة لان التى أعاد عليها التزوج اتصفت بالاولية فلا تتصف بالآخرية كقوله آخر عبد أضربه وضرب عبدا ثم آخر ثم أعاد الضرب على الاول ثم مات عتق الذى ضربه ثانيا لا المعاد عليه (قوله ولو قال كل عبد بشرنى بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين) أى متعاقبين عتق الاول منهم فقط لان البشارة انما تحققت منه لانها اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا فى العرف

فان أخبروه معا عتقوا لان البشارة حصلت منهم قال الله تعالى وبشروه بغلام عليم وان أخبر وا متفرقين واحدا بعد واحد عتق الاول لان البشارة حصلت منه ويعضده ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود (٧٩) وهو يقرأ القرآن فقال من أحب أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأه بقراءة ابن أم عبد فابتدر اليه أبو بكر وعمر رضى الله عنهما للبشارة فسبق أبو بكر عمر بها وكان ابن مسعود اذا ذكر ذلك يقول بشرنى أبو بكر وأخبرنى عمر وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوى به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط أى شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهى اليمين فيما نحن فيه ولم يوجد وانما وجد عند الشراء وهو شرط العتق لاعلته فلا يكون مفيدا حتى لو كانت النية مقارنة لليمين أجزأه عن الكفارة وان اشترى أباه ينوى به كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعى وهو قول أبى حنيفة الاول ووجه قولهم أن النية تشترط عند العلة والشراء شرط العتق لاعلته وانما العلة هى القرابة فلا تفيد النية عند الشراء (وهذا) أى كون الشراء شرطا لاعلة لان الشراء اثبات الملك وهو ظاهر والاعتاق ليس اثباتا للملك لانه ازالته فكان بينهما منافاة فلا يكون الشراء اعتاقا ولنا أن شراء القريب اعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم لن يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ووجه الاستدلال ماذكره بقوله جعل نفس الشراء اعتاقا الا أنه لم يشترط غيره

(وان بشروه معا عتقوا) لانها تحققت من الكل (ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوى به كفارة يمينه لم يجزه) لان الشرط قران النية بعلة العتق وهى اليمين فأما الشراء فشرطه (وان اشترى أباه ينوى عن كفارة يمينه أجزأه عندنا) خلافا لزفر والشافعى لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهى القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره

وأما فى اللغة فهو ما يغير البشرة سارا كان أو ضارا قال تعالى فبشرهم بعذاب أليم ولكن اذا وقع بما يكره قرن بذكر ما به الوعيد كما فى الآية المذكورة فلو ادعى أنه فى اللغة أيضا خاص بالمحبوب وما ورد فى المكروه فمجاز دفع بما ذكرنا اشتقاقه وهى البشرة فانها تفيد أن لذلك الخبر أثرا فى البشرة ولا شك أن الاخبار بما يخافه الانسان يوجب تغير بشرته فى المشاهد المعروف كما يتغير بالمحبوب الا أن على العرف بناء الايمان وان بشروه معا عتقوا لان البشارة تحققت من الكل قال تعالى وبشروه بغلام عليم فنسبها الى جماعة فحقيقتها تتحقق بالاولية من فرد أو أكثر وأصله ماروى أنه صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال صلى الله عليه وسلم من أحب أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأه بقراءة ابن أم عبد فابتدر اليه أبو بكر وعمر بالبشارة فسبق أبو بكر عمر فكان ابن مسعود يقول متى ذكر بشرنى أبو بكر وأخبرنى عمر ولو كان مكان البشارة اخبار بان قال ان أخبرنى والباقى بحاله عتق الكل ثم ان عدى بالباء بان قال ان أخبرنى بقدوم فلان اشترط فيه الصدق لافادتها الصاق الخبر بنفس القدوم ولا يخفى انها انما يتصور لصوقها الاخبار بنفسه يعنى بنفس القدوم لفظا وهو الواقع فى الكذب فاشتراط الصدق بناء على أن تحقق الالصاق انما يكون بالصاق الاخبار بنفس الواقع بخلاف ما لو قال ان أخبرنى ان فلانا قدم عتق كل من أخبره صدقا أو كذبا وقد أورد على اشتراط الصدق فى البشارة أن تغير البشرة كما يحصل بالاخبار السارة صدقا كذلك يحصل كذبا وأجيب بما ليس عنده والوجه فيه نقل اللغة والعرف (قوله ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوى به كفارة يمينه لم يجزه) لان وقوعه كفارة يحتاج الى نية الكفارة وهذه النية يشترط قرانها بعلة العتق وهى اليمين وهذا تساهل فان علة العتق هو قوله هو حر وهو جزء اليمين فان اليمين هو مجموع التركيب التعليقى واذا كان الشرط ذلك والفرض انه لم ينو عند التكلم به بل عند مباشرة الشرط لم يحصل شرط الكفارة فلم يجز عنها وهذا لان العتق وان كان ينزل عند وجود الشرط لكنه انما ينزل بقوله أنت حر السابق فانه العلة أما الشراء فشرط عملها فلا يعتبر وجود النية عنده فصار كما لو قال عبدى حر بلا نية ثم نوى عن كفارته لا يجزيه لان النية شرط متقدم لا متأخر وانما صحت فى الصوم على خلاف القياس حتى لو كان نوى عنده اذا اشتريته فهو حر عن كفارة يمينى فاشتراه عتق عنها وكذا لو قال هو حر يوم أشتريه يريد عن كفارتى وأورد عليه أن الجزاء المعلق انما ينعقد علة عند الشرط والشراء هو الشرط وقد قرنت النية بالعلة فينبغى أن يقع عنها القران النية بالعلة فالجواب انه لما كان قبل الشرط بعرضية أن يصير علة اعتبر الشرع له حكم العلية حتى اعتبرت الاهلية عنده اتفاقا فلو كان مجنونا عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق ولو كان مجنونا عند التعليق لم يعتبر أصلا فلذا يجب أن تعتبر النية عنده (قوله وان اشترى أباه ينوى به عن كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعى) ومالك وأحمد وهو قول أبى حنيفة أولا لان العلة للعتق هى القرابة المحرمة لا شراء القريب لانها التى ظهر أثرها فى وجوب الصلة كالنفقة فهى المؤثرة فى العتق وانما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء أو غيره كالهبة والارث وأما أن يكون الشراء نفس

قال المصنف (ولو قال ان اشتريت فلانا الخ) أقول وأنت خبير بأن الانسب ذكر هذه المسائل فى باب الكفارة

وقوله (وصار نظير قوله سقاه فأرواه) جواب عما يقال عطف الاعتاق على الشراء بالفاء وهو يقتضي التراخي بزمان في كلام العرب وان لطف فلا يكون نفسه ووجهه أن الفعل اذا عطف على فعل آخر بالفاء كان الثاني ثابتا بالاول في كلام العرب يقال ضربه فأوجعه وأطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه أي بذلك الفعل لا بغيره وفيه بحث وهو أن شراء القريب هل يثبت الملك للمشتري القريب أولا فان أثبته لا يزيله لان المثبت بعينه لا يكون مزيلا وان لم يثبته لا يعتق عليه لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم لا يقال شراء القريب يثبت الملك لكن ثبوت الملك في القريب اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك وكون ثبوت الشئ ازالة له محال بالبديهة ولا يقال شراء القريب اعتاق بواسطة موجبه وهو ثبوت الملك لانه أشد استحالة

لانه يلزم أن يكون مثبت الشئ ونفس ثبوته ازالة له والجواب أن قولهم ثبوت الملك في القريب اعتاق معناه أن الشرع أخرج القريب عن محلية الملك بقاء كما انه أخرج الحر عن محليته ابتداء وبقاء وهذا لان العتق لا يقع الا في الملك فلو لم يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله ومن قال لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه والواجب باليمين ما يستحق حريته بها من كل وجه ولقائل أن يقول القريب مستحق للعتق بالقرابة كما ان أم الولد مستحقة له بالاستيلاد فلما لم تعتق اذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق كما عتق القريب والجواب أن الاستيلاد فعل اختياري من جهة المستولد فكانت الحرية من جهتين جهة الاستيلاد والشراء فلم يقع عن الكفارة من كل وجه بخلاف القرابة فانها ليست كذلك فلم يكن من جهة القريب لغيره جهة في حريته سوى الشراء فاذا اشتراه ناويا للكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه وقوله (بخلاف ما اذا قال لقنة) ظاهر

وصار نظير قوله سقاه فأرواه (ولو اشترى أم ولده لم يجزه) ومعنى هذه المسئلة أن يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تنضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية

العلة فلانه لاثبات الملك والعتق لازالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه ولنا أن شراء القريب اعتاق لما روى الستة الا البخاري كلهم من حديث سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لن يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه يريد فيشتريه فيعتق هو عند ذلك الشراء وهذا للاجماع على أنه لا يحتاج في اثبات عتقه الى اعتاق زائد بعد الشراء ولا شك أن القرابة ظاهرة الاثر فيه شرعا وقد رتب عتقه على شرائه بالفاء لما علمت من أن المعنى فيعتق هو فهو مثل سقاه فأرواه والترتيب بالفاء يفيد العلية على ما عرف مثل سها فسجد وزنى ماعز فرجم كما ينافي وجه قول زفر وغيره وقد ثبت أن الملك أيضا كذلك بالنص مع انه يشتمل على عين حكمته وذلك أن في ترتيب العتق عليه تحصيلا لدفع مفسدة القطيعة الحاصلة بملكه اياه كالبهائم والامتعة ولمصلحة الصلة وهذه عين حكمة القرابة التي بها كانت علة العتق فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق ولذا جعنا بينهم ما واشتهرت عبارتنا القائلة شراء القريب اعتاق غير أن الشراء علة العلة أي علة جزء العلة ولما كان الشراء الاختياري هو الجزء الاخير من العلة بخلاف القرابة أضيف الحكم اليه ولزمت النية عنده فاذا نوى عند الشراء أنه يشتريه عن كفارته صح بخلاف ما اذا ملك الاب وغيره بالارث فان الملك يثبت فيه بلا اختيار فلا يتصور النية فيه فلا يعتق عن كفارته اذا نواه لانها نية متأخرة عن العتق على ما تقدم بخلاف ما اذا وهب له أو أوصى له به أو تصدق به عليه فنوى عند القبول أن يعتق عن كفارته فانه يصح لسبقها مختارا في السبب وبما ذكرنا من الترتيب ظهر فساد قولهم العتق مستحق بالقرابة لان العتق لا يثبت قبل تمام العلة وأما المنافاة التي ذكرت في قولهم الشراء يوجب الملك والاعتاق ازالته فهو بناء على ظاهر اللفظ في قولنا شراء القريب اعتاق وقد علمت انه انما يوجب الملك في القريب وملك القريب علة العتق فالاضافة اليه اضافة الى علة بعيدة والمنافاة انما تثبت لو كان ازالة الملك نفس موجب الشراء أولا وبالذات وكان الاليق بهذه المسئلة وما بعدها فصل الكفارة (قوله ولو اشترى أم ولده لم تجزه عن الكفارة) وان نوى عند الشراء كون عتقها عن كفارة يمينه قالوا ومعنى المسئلة أن يكون تزوج أمة

(قوله ووجهه أن الفعل الخ) أقول ولا يخفى أن ما ذكره اعتراف بالمغايرة (قوله لا يقال شراء القريب الخ) أقول والظاهر أن شراء القريب يثبت الملك في الزمان الاول ومزيل له في ثانيه ولا منافاة كما في الاعراض السيالة في العلل العقلية ولعل مراد الشارح أيضا ما ذكرنا لكن في عبارته نوع قصور (قوله لانه يلزم أن يكون مثبت الشئ ونفس ثبوته ازالة له) أقول يعني يلزم أن يكون الشراء الذي هو مثبت الملك مزيلا للملك (قوله والواجب باليمين) أقول يعني الكفارة (قوله ولقائل الى قوله كما أن أم الولد الخ) أقول المناسب لغرضه هو العكس في التشبيه كما لا يخفى

قال (ومن قال ان تسرّيت جارية فهي حرة) معنى تسريت اتخذت سرية وهي فعلية منسوبة الى السر وهو الجماع أو الاخفاء لان الانسان يسره وانما ضمت سينه لان الابنية قد تتغير في النسبة كما قالوا في النسبة الى

الدهر دهري بضم الدال للمعمر والتسري عبارة عن التحصين والجماع طلب الولد أو لم يطلب عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بدّ من طلب الولد مع ذلك حتى لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسريا عنده واذا كان كذلك لم يستلزم ملك الرقبة وانما يستلزم ملك المتعة سواء كان بالنكاح أو بملك الرقبة فاذا قال ان تسريت جارية فهي حرة (فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك) وكل ما انعقد في حقه اليمين اذا وجد الشرط فيه يترتب عليه الجزاء وقوله (وهذا لان الجارية) توضيح لانعقاد اليمين في حقها

(ومن قال ان تسرّيت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت) لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول كل جارية على الانفراد

لغيره فأولدها بالنكاح ثم يقول لها (ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط) وهو الشراء (ولا تجزيه عن الكفارة) وانما صوّرت هكذا لانه يريد الفرق بين شراء القريب عن الكفارة وشراء أم الولد والا فالحاصل أن عتق أم الولد عن الكفارة لا يجزى معلقا ولا منجزا والفرق بين الشراءين مع أن الشراء في الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه وهما القرابة والاستيلاد أن أم الولد استحقت العتق بالاستيلاد حتى جعل اعتاقا من وجه قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها فهي قبل الشراء قد عتقت من وجه فلم يكن عتقها بالشراء أو تنجيزا اعتاقا من كل وجه بل من وجه دون وجه والواجب بالحنث في اليمين وغيره من الكفارات اعتاق من كل وجه بخلاف شراء القريب فانه اعتاق من كل وجه لانه لم يكن قبل الشراء أعتق من وجه (بخلاف ما لو قال لقنة ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني حيث تجزيه اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل اضافة العتق الى الكفارة وقد قارنته النية) فكمل الموجب (قوله ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة) اعلم أن التسري هنا تفعل من السرّية وهو اتخاذها والسرية ان كانت من السرور فانها تسرّ بهذه الحالة ويسر هو بها أو من السرو السيادة فضم سينها على الاصل وان كانت من السر بمعنى الجماع أو بمعنى ضد الجهر فانها قد تخفى عن الزوجات الحرائر فضمها من تغييرات النسب كما قالوا دهري بالضم في النسبة الى الدهر وفي النسبة الى السهل من الارض سهلي بالضم والفعل منه بحسب اعتبار مصدره فان اعتبر التسرّي قيل تسرى بابدال الياء ألفا لتحركها وانفتاح ما قبلها وان اعتبر التسرر قيل تسرّر (١) وكان القياس أن لا يقال الا تسرّي في المصدرين لانه اتخاذ السرية لكن لوحظ فيه أصل السرية وهو السرور أو السر فاستعمل براءين بابدال الياء راء وخصت لانها هي الاصل ومنه ما ذكره ابن الاثير عن عائشة وسئلت عن المتعة فقالت لا نجد في كتاب الله تعالى الا النكاح والاستسرار والقياس الاستسراء بهمزة هي بدل الياء الواقعة طرفا بعد ألف ساكنة كهمزة كساء ومعنى التسري عند أبي حنيفة ومحمد أن يحصن أمته ويعدّها للجماع أفضى اليها بمائه أو عزل عنها وعند أبي يوسف ونقل عن الشافعي رحمهما الله تعالى أن لا يعزل ماءه مع ذلك فعرف أنه لو وطئ أمة له ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والاعداد لا يكون تسريا وان لم يعزل عنها وان علقت منه لنا أن مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور أو ما يرجع الى الجماع أو غير ذلك لا تقتضي الانزال فيها الا ان الجماع والسرور والسيادة كل منها يتحقق دونه فأخذه في المفهوم واعتباره بلا دليل وكون العرف في التسري تحصينها لطلب الولد دائما ممنوع بل العرف مشترك في المشاهد فمن الناس من يقصد ذلك ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير أن تلد له اذا عرف هذا فاعلم أنه اذا حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطئها حنث ذكره القدوري في التجريد عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولو قال ان تسريت جارية فعبدي حر فاشترى جارية فتسراها عتق العبد الذي كان في ملكه وقت الحلف ولو لم يكن في ملكه عبد فملك عبدا ثم اشترى جارية فتسراها لا يعتق هذا العبد المستحدث ولو قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت وهي مسئلة الكتاب وهي اجماعية ولو اشترى جارية بعد الحلف فتسراها لا تعتق عندنا ولا عند أحد من الائمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله وقال زفر تعتق لان التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكرا للملك فكأنه قال ان ملكت أمة فتسريتها فهي حرة

(قوله ان تسريت) أقول أصله تسررت قلبت احدى الراآت ياء (قوله اتخذت سرية) أقول السرية واحدة السراري (قوله كما قالوا في النسبة الى الدهر دهري بضم الدال) أقول وكما قالوا في النسبة الى الارض السهلة سهلي بالضم (قوله والتسري عبارة عن التحصين) أقول والمنع عن الخروج

---

(١) قوله وكان القياس أن لا يقال الخ هكذا في الاصل وهو صحيح وجيه ووقع في بعض النسخ اصلاح صورته وكان القياس أن يقال الاستسراء الخ وليس بصحيح فليحذر كتبه مصححه

(وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا لزفر فانه يقول التسرى لا يصح الا فى الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدى حر يصير التزوج مذكورا) فان قيل هذا قول بالاقتضاء وزفر لا يقول بالاقتضاء أجيب بان اثبات الملك ههنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء والفرق بينهما أن الثابت دلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بلا تأمل واجتهاد كما كان النهى عن الضرب والشتم وسائر الافعال المؤذية مفهوما من النهى عن التأفيف (٨٣) ولا كذلك المقتضى لان المقتضى لا يفهم من ذكر المقتضى ثم اذا قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل فلما كان الملك مفهوما من التسرى بلا تأمل واجتهاد كان الملك ثابتا بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء هكذا ذكره صاحب النهاية وبقية الشارحين وفيه نظر لان الثابت بالدلالة هو ما يكون بطريق الحاق صورة باخرى بامر جامع كالضرب الملحق بالتأفيف بواسطة الاذى ولهذا ذهب بعض أصحابنا وأصحاب الشافعى الى أن الدلالة قياس لوجود أصل وفرع وعلة جامعة بينهما والملك من التسرى ليس كذلك وأقول هذا اللفظ يستعمل فى العرف بمعنى ان وطئت مملوكة لى فكانت الدلالة بطريق العبارة مجازا أو نقول هذا الحكم اذا ثبت عن زفر ولم يقل بالاقتضاء كان مناقضا فكفينا مؤنة الجدال معه (ولنا أن الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسرى) وتقريره سلمنا أن ذكره ذكر الملك ولكن بطريق الاقتضاء ضرورة صحة التسرى لكونه شرطا وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها (ولا يظهر فى حق صحة الجزاء وهو الحرية) لانها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء دلالة

(وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق) خلافا لزفر فانه يقول التسرى لا يصح الا فى الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدى حر يصير التزوج مذكورا ولنا أن الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسرى وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر فى حق صحة الجزاء وهو الحرية

وصار كما لو قال لاجنبية ان طلقتك فعبدى حر يصير التزوج مذكورا حتى لو تزوجها وطلقها عتق العبد ولنا أنه لو عتقت المشتراة لزم صحة تعليق عتق من ليس فى الملك بغير الملك وسببه والتالى باطل بالاجماع وهذا لان التسرى ليس نفس الملك ولا سببه بل قد يتفق بعده وقد لا يتفق فان حقيقته ليس إلا إعداد أمة حصنها للجماع فانما يستلزم وجوده وجود الملك سابقا على ابتداء التحصين والاعداد أو مقارنا وهذا القدر لا يستلزم اخطاره عند التكلم أصلا فضلا عن خطوره ثم تقديره مرادا لانه ليس لازما بينا لمدلول اللفظ فى الذهن بل لازم لوجوده فى الخارج واللوازم الخارجية لا يلزم تعقلها تعقل ما هو ملزومها فى الخارج بخلاف ما لو قال ان ملكت أمة فتسريتها الخ فانه صرح بجعل الشرط الملك وبخلاف ما قاس عليه من قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدى حر لان عتق عبده القائم فى ملكه ليس لاعتبارنا الشرط مجموع ان تزوجتك ثم طلقتك فعبدى حر بل لاقتضاء الشرط الملك غير أن الشرط هنالك اذا ثبت بمقتضاه ثبت الجزاء وهو عتق عبده أما ههنا لو ثبت التسرى لا يثبت عتق المتسرى بها لاحتياجه الى أمر زائد على مجرد الشرط شرعا وهو كونه نفس الملك أو سببه فلهذا اثبت الملك ههنا ضرورة صحة التسرى به فقط لان الثابت ضرورة أمر لا يتجاوزها ثم لا يثبت عند التسرى عتقها لاحتياج عتق غير المملوكة بالاعتاق المعلق قبل ملكها الى كونه معلقا بالملك أو سببه ولم يوجد فظهر أن هذه ليست وزان مسئلتنا وانما وزانها لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فأنت طالق ثلاثا ثم تزوجها فطلقها واحدة ونحن نقول فى هذه لا تطلق الأخريين الباقيتين لو طلقها واحدة بعد أن تزوج بها لما ذكرنا من أن شرط الطلاق الواقع بالتطليق المعلق قبل التزوج كونه معلقا بالملك أو سببه ولم يوجد نعم قد يقدر اللفظ الدال على المعنى فيصير معتبرا لفظا وان لم يكن مدلولا التزاميا لتصحيح الجزاء فيما اذا علم أن غرض اليمين الحل فانه يعرف قصد وجود الشرط ليوجد الجزاء كما قدر أبو حنيفة رحمه الله لفظ حيا فى قوله ان ولدت ولدا فهو حر لتصحيح الجزاء للعلم بان غرضه وجود الشرط وهو الولادة والحل عليها أو تخفيفها عليها ففيما ليس كذلك بل يعرف أن الغرض منع الشرط بمنع نفسه عنه لا يجوز التقدير لتصحيح وقوع الجزاء وحلف التسرى من هذا القبيل هذا وقد أورد على زفر أنه لا يقول بالمقتضى حتى حكم فى قوله أعتق عبدك عنى بالف أنه يعتق عن المأمور فكيف خالف هنا وحكم باعتباره وتقديره وأجيب بأنه لا يلزمنا اصلاحه له فان مناقضته لا تضرنا ومنهم من أجاب بأنه ليس عنده من باب المقتضى بل من دلالة النص حيث كان فهم الملك ثابتا عند فهم معنى التسرى واعترض بان الدلالة لا بد فيها من صورة أصل وفرع وعلة حتى قيل هى قياس غير أنه لا يفتقر الى أهلية الاجتهاد فى فهم حكم المسكوت فالوجه كون هذا اللفظ فى العرف بمعنى ان وطئت مملوكة لى فكانت الدلالة بطريق العبارة وقد نقلنا فى تحرير الاصول عن فخر الاسلام تفسير الدلالة بمعنى

(قوله أجيب بأن اثبات الملك ههنا بدلالة اللفظ) أقول أو الحذف (قوله وأقول هذا اللفظ يستعمل فى العرف الخ) أقول فعلى هذا لا يستقيم جوابهم عن زفر على ما قرره (قوله كان مناقضا الخ) أقول السائل يسأل عن وجه صحة قول زفر بناء على أنه من كبار أئمة الدين وحسن الظن به يمنع عن اعتقاد ارتكاب التناقض (قوله لانها ليست من لوازم الملك الخ) أقول ألا يرى أنه قد يوجد الملك ولا يوجد العتق

وقوله (وفى مسئلة الطلاق) جواب عن قوله كما اذا قال لاجنبية وتقريره ماذكرت من المسئلة المذكورة فالامر فيه كذلك لانه ثبت فيها ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذى هو الطلاق ولا يتعدى الى صحة الجزاء (حتى لو قال لها ان طلقتك فأنت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا) من حيث ان فى كل منهما ثبت شرط الشرط لصحة الشرط ولا يتعدى الى صحة الجزاء وأما وزان مسئلة زفر فهو أن يقول ان تسريت جارية فعبدى حر فاشترى جارية فتسرى بها عتق العبد لقيام الملك فى الحال فى العبد فيصح تعليق عتقه بشرط سيوجد (ومن قال كل مملوك لى حر عتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة فى هؤلاء) يعنى أن كل واحد من هؤلاء فى الاضافة الى نفسه بقوله لى كامل (اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا) واذا كان الملك كذلك دخلوا تحت كلمة كل فيعتقون وان قال أردت الرجال خاصة صدق ديانة خاصة أما تصديقه ديانة فلان لفظ المملوك وضع للذكر وأما عدم تصديقه قضاء فلانهم عند الاختلاط يستعمل فيهم لفظ المذكر عرفا ولو نوى الاناث لغت نيته وان قال لم أنو المدبرين لم يصدق فى القضاء على رواية كتاب العتاق ولم يصدق لا قضاء ولا ديانة على رواية كتاب الأيمان ففيه روايتان (ولا يعتق مكاتبوه الا أن ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء) الامة (المكاتبة) فكان المكاتب مملوكا من وجه دون وجه (بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية) وقوله (ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه) على ماذكره فى الكتاب ظاهر وقوله (فيختص بمحله) أى بمحل الحكم وهى المطلقة لان الكلام سيق لايقاع الطلاق واعترض بان العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح أيضا على من لم يقع عليه الحكم والاصل عدم الحكم فيعطف على من لم يقع عليه الحكم كما فى قوله والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا فانه ان كلم الاول حنث وان كلم أحد الآخرين لا يحنث حتى يكلمهما ويكون الثالث معطوفا على الثانى الذى لم يقع عليه الحكم منفردا وهذا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كأنه قال هذه طالق أو هاتان فحينئذ كان هو مخيرا فى الطلاق والعتاق

وفى مسئلة الطلاق انما يظهر فى حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فأنت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها واحدة لا تطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا (ومن قال كل مملوك لى حر تعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده) لوجود الاضافة المطلقة فى هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا (ولا يعتق مكاتبوه الا أن ينويهم) لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية (ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار فى الاولين) لان كلمة أو لاثبات أحد المذكورين وقد أدخلها بين الاولين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة فى الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احداكما طالق وهذه (وكذا اذا قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا عتق الاخير) وله الخيار فى الاولين لما بينا

دلالة الالتزام وان لم نرضه هذا والتحقيق أن ليس هذا من المقتضى لان المقتضى ما يكون ثبوته لضرورة تصحيح الكلام الظاهر عدم صحته لغة مثل رفع الخطأ أو شرعا مثل أعتق عبدك عنى وقول القائل ان تسريت لا يتبادر كذبه فيحتاج فى تصحيحه الى التقدير ازالة الغلط تصحيحا لما لم يصح ظاهره وهذا على وزان ماقلناه فى ان أكلت بل الحق أنه فى اللغة والعرف واحد وهو إعداد المملوكة الخ لا الاعداد الاعم منها ومن المزنى بها فهو مدلول تضمنى من قبيل العبارة (قوله ومن قال كل مملوك لى حر تعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة فى هؤلاء) اى اضافة الملك الكامل فى هؤلاء الى السيد ثابتة رقبة ويدا فدخلوا فيعتقون ويدخل الاماء والذكور ولو نوى الذكور فقط صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص فى اللفظ العام ولو نوى السود دون غيرهم لا يصدق قضاء ولا ديانة لانه نوى التخصيص بوصف ليس فى لفظه ذكره ولا عموم الا اللفظ فلا تعمل نيته بخلاف الرجال لان لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لانه تعميم مملوك وهو للذكر وانما يقال للانثى مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل لهما المملوك عادة يعنى اذا عمم مملوك بادخال كل ونحوه يشمل الاناث حقيقة كما ذكر فى جمع المذكر كالمسلمين والواو فى فعلوا على ماذكر أنه عند الحنفية والحنابلة حقيقة فى الكل فلذا كان نية الذكور خاصة خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ولو نوى النساء وحدهن لا يصدق لا ديانة ولا قضاء ولو قال لم أنو المدبرين فى رواية يصدق ديانة لا قضاء وفى رواية لا يصدق لا ديانة ولا قضاء (قوله ولا يعتق مكاتبوه) يعنى بقوله كل مملوك لى حر وكذا معتق البعض عند أبى حنيفة (لان الملك فيهم غير ثابت يدا ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت اضافة الملك اليهم فلا بد من أن ينويهم) بلفظ كل مملوك وعلى هذا ينبغى لو قال كل مرقوق لى حر أن يعتق المكاتبون لان الرق فيهم كامل ولا تعتق أم الولد الا بالنية (قوله ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار فى الاولين لان كلمة أو لأحد المذكورين وقد أدخلها بين الأولين ثم عطف الثالثة على المطلقة) منهما والعطف يشرك فى حكم المعطوف عليه وحكمه هنا الطلاق المنجز وانما التوقف فى التعيين (فصار كما اذا قال احداكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا عتق الاخير ويتخير فى الاولين لما بينا) ومثله لو قال لفلان على

ان شاءاوقع على الاولى وان شاءأوقع على الاخرين وأجيب بان هـذا الذى ذكرته هو رواية ابن سماعة عن محمد فأما الذى ذكره فى الكتاب فهو ظاهر الرواية والفرق بين جواب ظاهر الرواية فى الطلاق والعتاق وبين قوله والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا فى أن الثالث معطوف على الثانى الذى لم يقع عليه الحكم وهو مسئلة الجامع هو أن كلمة أو اذا دخلت بين شيئين تتناول أحدهما نكرة الا أن فى الطلاق والعتاق الموضع موضع الاثبات والنكرة فى موضع الاثبات تخص فتتناول أحدهما فاذا عطف الثالث على أحدهما صار كأنه قال احدا كما طالق وهذه ولو نص على هذا كان الحكم. (٨٤) ما قلنا أما فى مسئلة الجامع فالموضع موضع النفى وهى فيه تم كقوله تعالى ولا تطع منهم آثما أو كفورا فصار كأنه قال والله لا أكلم فلانا ولا فلانا فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كأنه قال أو هـذين ولو نص على هذا كان الحكم هكذا فكذا ههنا

﴿باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك﴾

يريد بغير ذلك الطلاق والعتاق والضرب وهذه التصرفات فى الأيمان كثيرة الوقوع بالنسبة الى ما بعده فلذلك قدمه قال فى النهاية ثم الضابط فى هذه التصرفات لاصحابنا رحمهم الله فيما يحنث بفعل المأمور وفيما لا يحنث شيآن أحدهما أن كل فعل ترجع الحقوق فيه الى المباشر فالحالف لا يحنث بمباشرة المأمور وكل فعل ترجع الحقوق فيه الى من وقع حكم الفعل له يحنث والثانى أن كل فعل يحتمل حكمه الانتقال الى غيره فالحالف فيه لا يحنث بمباشرة المأمور وكل فعل لا يحتمل ذلك يحنث قيل وكل ما يستغنى المأمور فى مباشرته عن اضافته الى الآمر فالآمر لا يحنث الاظهر
بمباشرة المأمور وان كان لا يستغنى عن هذه الاضافة يحنث والفقه فى ذلك أن العقد متى رجعت حقوقه الى من وقع حكم العقد له فمقصود الحالف من الحلف التوقى عن حكم العقد له وعن حقوقه وكلاهما يرجعان اليه ومتى رجعت حقوقه الى العاقد لا الى من وقع حكم العقد له فمقصوده من الحلف التوقى من رجوع الحقوق اليه وهى لا ترجع اليه فلا يحنث ثم مما يحنث الحالف بمباشرة المأمور به النكاح والصلح عن دم العمد والطلاق والعتاق والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والايداع وقبول الوديعة والاعارة والاستعارة وخياطة الثوب والبناء فان الحالف كما يحنث فيها بفعل نفسه يحنث أيضا بفعل المأمور وأما ما لا يحنث الحالف بمباشرة المأمور

﴿باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك﴾

(ومن حلف لا يبيع أو لا يشترى أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث) لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث فى يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر

ألف أو لفلان وفلان كان نصف الالف للثالث وعليه بيان من له النصف الآخر من الاولين وقد يقال العطف بالواو كما يصح على الاحد المفهوم من هذه أو هذه يصح على هذه الثانية وحينئذ لا يلزم الطلاق فى الثالثة لان الترديد حينئذ بين الاولى فقط والثانية والثالثة معا فيلزمه البيان لذلك فى الطلاق والعتاق والله أعلم

﴿باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك﴾

من الطلاق والعتاق والضرب ولما كانت الأيمان على هذه التصرفات أكثر منها على الصلاة والحج والصوم وما بعدها قدمها عليها والحاصل أن كل باب عقده فوقوعه أقل مما قبله وأكثر مما بعده ﴿ واعلم أن الاصل عندنا أن كل عقد ترجع حقوقه الى المباشر ويستغنى الوكيل فيه عن نسبة العقد الى الموكل لا يحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المأمور لوجوده من المأمور حقيقة وحكما فلا يحنث بفعل غيره لذلك وذلك كالحلف لا يبيع ولا يشترى ولا يؤجر ولا يستأجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم وكذا الفعل الذى يستناب فيه ويحتاج الوكيل الى النسبة الى الموكل كما اذا حلف لا يخاصم فلانا فان الوكيل يقول أدعى لموكلى وكذا الفعل الذى يقتصر أصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث فى شئ من هذه بفعل المأمور وكل عقد لا ترجع حقوقه الى المباشر بل هو فيه سفير وناقل عبارة يحنث فيه بمباشرة المأمور كما يحنث بفعله بنفسه وذلك اذا حلف لا يتزوج فوكل به أو لا يطلق أو لا يعتق بمال أو بلا مال أو لا يكاتب أو لا يهب أو لا يتصدق أو لا يوصى أو لا يستقرض أو لا يصالح عن دم العمد أو لا يودع أو لا يقبل الوديعة أو لا يعير أو لا يستعير وكذا كل فعل ترجع مصلحته الى الآمر كحلفه لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فانه يحنث بفعل المأمور ومنه قضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب وبناء الدار (قوله ومن حلف لا يبيع أو لا يشترى أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد) لا من الحالف حقيقة وهو ظاهر وحكما حتى رجعت حقوق العقد اليه وكان هو المطالب بالتسليم للثمن أو المثمن والمخاصم بالعيب وبالعين المؤجرة والاجرة (ولهذا لو كان العاقد) بطريق الوكالة فى هذه (هو الحالف) لا يبيع الخ (يحنث فى يمينه) لصدق أنه باع واشترى واستأجر حقيقة وحكما وهذا قول الشافعى فى

وانما الثابت له حكم العقد الا أن ينوى ذلك لان فيه تشديدا أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده (ومن حلف لا يتزوج أولا يطلق أولا يعتق فوكل بذلك حنث) لان الوكيل فى هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه (ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين فى القضاء خاصة) وسنشير الى المعنى فى الفرق ان شاء الله تعالى (ولو حلف لا يضرب عبده أولا يذبح شاته فأمر غيره ففعل يحنث فى يمينه) لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المأمور

الاظهر وعند مالك وأحمد يحنث لان بالامر يصير كأنه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه له حنث قلنا لم يوجد الفعل منه لا حقيقة ولا حكما وهو الشرط للحنث بل من العاقد حقيقة وحكما (وانما الثابت له حكم العقد) الذى هو الملك لا كل حكم وان كان الحكم على الاعم بخلاف الحلق لان اليمين لم تنعقد فيه على حلقه بنفسه لانه غير معتاد وانما انعقدت على الحلق مطلقا فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه بأن كان ممن يقدر على ذلك و يفعله وقوله الا أن ينوى ذلك استثناء من قوله لم يحنث يعنى فاذا نوى البيع بنفسه أو وكيله يحنث ببيع الوكيل (أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقود بنفسه) فانه يحنث وان لم ينو لان مقصوده من الفعل ليس الا الامر به فيوجد سبب الحنث بوجود الامر به للعادة وان كان السلطان ربما يباشر بنفسه عقد بعض المبيعات ثم لو فعل الآمر بنفسه يحنث أيضا لانعقاده على الاعم من فعله بنفسه أو مأموره ولو كان رجلا يباشر بنفسه مرة و يوكل أخرى تعتبر الغلبة وكل فعل لا يعتاده الحالف كائنا من كان لكلفه لا يبنى ولا يطبخ انعقد كذلك (قوله ومن حلف لا يتزوج أولا يطلق أولا يعتق فوكل بذلك حنث) يعنى اذا فعله الوكيل وهو قول مالك وأحمد ووجه للشافعية وأكثرهم لا يحنث لانه لم يفعل وانما نسبته الى الآمر مجاز ثم انه يحنث عندكم بفعل نفسه كما بفعل المأمور وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وأنتم تأبونه قلنا المالم يملك اضافته الى نفسه بل لا يستغنى عن اضافته الى موكله كان ناقلا عبارة للموكل فانضاف العقد كله لفظا وحكما اليه فيحنث به ألا ترى أنه يقال فى العرف للمتكلم بكلام غيره من شعر أو حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان فكان المعقود عليه عدم لزوم أحكام هذه العقود نظرا الى الغرض وهو أعم مما يلزم بمباشرته أو مباشرة مأموره وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز (ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين فى القضاء خاصة) وفيما بينه وبين الله تعالى يدين ولو خلعها أو قال أنت طالق بائن حنث ولو آلى منها فمضت المدة حتى بانت حنث عند أبى يوسف لان الايلاء طلاق مؤجل فعند مضيها يقع مضافا الى الزوج وعند زفر لا يحنث لان الطلاق انما وقع حكما دفعا لضررها فلا يكون شرط الحنث موجودا ولو كان عنينا ففرق بينهما بعد المدة لم يحنث فى قول زفر وعن أبى يوسف روايتان ولو زوجه فضولى فأجاز بالقول حنث وعن محمد لا يحنث وفى الاجازة بالفعل اختلاف المشايخ قال شمس الائمة والاصح عندى لا يحنث لان عقد النكاح يختص بالقول فلا يمكن جعل المجيز بالفعل عاقدا له ولا فرق بين كون التوكيل بعد اليمين أو قبله ولو وكل بالطلاق والعتاق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل أو أعتق يحنث لان عبارة الوكيل هنا منقولة اليه (قوله ولو حلف لا يضرب عبده أولا يذبح شاته فأمر غيره ففعل حنث لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره) فالملك اياه انتقل فعل الضرب اليه بواسطة الامر به (ثم منفعته راجعة الى الآمر) على الخصوص وهو ما يحصل من أدبه وانزجاره (فيجعل مباشرا اذ لا حقوق ترجع الى المأمور) وفرض المسئلة فى ضرب عبده احترازا عما لو حلف لا يضرب حرا فانه لا يحنث بالامر به لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره الا أن يكون الحالف سلطانا أو قاضيا لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فلكا

به فهو البيع والشراء والاجارة والاستئجار والصلح عن المال وكذلك القسمة ومن المشايخ من ألحق الخصومة بهذا القسم واذا عرف هذا ظهر معنى كلامه الالفاظ اننبه عليها وقوله (الا أن ينوى) استثناء متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم يحنث أى الا أن ينوى أن لا يأمر غيره أيضا فحينئذ يحنث وقوله (أو يكون الحالف ذا سلطان) يعنى اذا باشره المأمور حنث لان مقصوده من اليمين منع نفسه عما هو معتاده ومعتاده الامر للغير فلما أمر غيره وفعل المأمور حنث ومع ذلك لو فعله بنفسه حنث أيضا لوجود البيع منه حقيقة وقوله (لان المالك له ولاية ضرب عبده) يلوح الى أنه لو أمر غيره بضرب حر وقد حلف على ضربه فضربه المأمور لم يحنث لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر أمره فيه

وقوله (ووجه الفرق) هو الفرق الموعود بقوله سنشير وحاصله انه اذا نوى الخصوص فى العموم يصدق ديانة لا قضاء لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه واذا نوى الحقيقة المستعملة صدق قضاء وديانة وان كان فى ذلك تخفيف عليه لان الكلام يصرف الى حقيقته بغير نية فاذا وجدت النية كان الصرف اليها أولى وقوله (لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه) أى الى الولد وذكر ضمير المنفعة نظرا الى الخبر وهو التأدب والتثقف وقوله (ومن قال ان بعت لك (٨٦) هذا الثوب) على ماذكره فى الكتاب واضح وحاصل ذلك أن لام الاختصاص اذا اتصل بضمير عقيب فعل متعد فاما أن يتوسط بين الفعل ومفعوله أو يتأخر عن المفعول وعلى التقديرين فاما أن يحتمل الفعل النيابة أو لا فان احتملها وتوسط بينهما كان اللام لاختصاص الفعل وشرط حنثه وقوع الفعل لاجل من له الضمير سواء كانت العين مملوكة له أو لم تكن وذلك انما يكون بالامر وان تأخر عن المفعول كان اختصاص العين به وشرط كونها مملوكة له سواء كان الفعل وقع لاجله أو لم يقع وان لم يحتملها لا يفترق الحكم فى الوجهين أى فى التوسط والتأخر بل يحنث اذا فعل سواء كان بأمره أو بغير أمره لان الفعل اذا لم يحتمل النيابة لم يمكن انتقاله الى غير الفاعل فيكون الامر وعدمه سواء فتعين أن تكون اللام لاختصاص العين صونا للكلام عن الالغاء ومعنى دس أخفى والمراد بالغلام إما العبد على ماذكره فى الجامع الصغير لقاضيخان وإما الولد كما ذكره فى الفوائد الظهيرية وهذا هو الصواب لان ضرب العبد يحتمل النيابة ولهذا لو حلف لا يضرب عبده فأمر غيره بضربه حنث لان المنفعة تعود اليه وقد ذكره المصنف قبيل هذا ومن الشارحين من وجه الاول بان المراد بالوكالة والنيابة وكالة

يصح

(ولو قال عنيت أن لا أتولى ذلك بنفسى دين فى القضاء) بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق أن الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضى الى وقوع الطلاق عليها والأمر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص فى العام فيدين ديانة لا قضاء أما الذبح والضرب ففعل حسى يعرف بأثره والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء (ومن حلف لا يضرب ولده فأمر انسانا فضربه لم يحنث) فى يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعة الائتمار بأمره عائدة الى الآمر فيضاف الفعل اليه (ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه فى ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث) لان حرف اللام

الامر به (ولو قال عنيت أن لا ألى ذلك بنفسى دين فى القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق أن الطلاق ليس الا تكلما بكلام) شرعى يوجب أثرا شرعيا فى المحل وهو الفرقة (والامر بذلك مثل التكلم به) لان المأمور به كالرسول به ولسان الرسول كلسان المرسل بالاجماع فاذا نوى التكلم به خاصة فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى من حيث انه يتكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض أن مقتضياته لا ترجع اليه وهى الحقوق وحقيقة المراد أن الطلاق وما معه لما كان لفظا يثبت عنده أثر شرعى فالحلف على تركه حلف على أن لا توجد الفرقة من جهته وهذا المعنى أعم من أن يتحقق بمباشرته أو بمباشرة المأمور فنية أحدهما خلاف الظاهر (أما الذبح والضرب ففعل حسى) لا يتوقف تحقق أثره على الآمر لان الضرب يثبت مع أثره من الفاعل بلا اذن منه فنسبة الفعل الى الآمر مجازية باعتبار تسببه فيه فاذا نوى أن لا يفعله بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه بخلاف الكلام المجعول أسبابا شرعية لآثار شرعية لا تثبت تلك الآثار به الا باذن عن ولاية فلما كان للاذن فيها أثر نقلها الى الحالف قالوا وثبوت تصديقه قضاء فى ضرب العبد رواية فى تصديقه قضاء فى الطلاق لان حقيقة كلامه المباشرة فيهما فيصدق فى الفصلين وهو قول الشافعى والحق أن الفرق ثابت ولكن تأثيره فى اختلاف الحكم غير ظاهر فان كون الفعل يتحقق أثره بلا اذن والقول لا يتحقق أثره الشرعى الا باذن لا يجزم عنده بلزوم الفرق المذكور (قوله ومن حلف لا يضرب ولده فأمر انسانا فضربه لم يحنث فى يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة الى الولد) المضروب (وهى التأدب والتثقف) أى التقوم وترك الاعوجاج فى الدين والمروأة والاخلاق (فلم ينسب فعل المأمور الى الآمر) وان كان يرجع الى الاب أيضا لكن أصل المنافع وحقيقتها انما ترجع الى المتصف بها فلا موجب للنقل وأما فى عرفنا وعرف عامتنا فانه يقال ضرب فلان اليوم ولده وان لم يباشر ويقول العامى لولده غدا أسقيك علقة ثم يذكر لمؤدب الولد أن يضربه فيعد الاب نفسه قد حقق ايعاده ذلك ولم يكذب فمقتضاه أن ينعقد على معنى لا يقع بك ضرب من جهتى ويحنث بفعل المأمور (قوله ومن قال ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق الخ) لا شك انه

باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

(قوله وشرط حنثه الخ) أقول والذى يستفاد من هذا الكلام هو أن الحالف لو باع الثوب المملوك للمحلوف عليه مع علمه بانه ملكه بغير أمره كان ينبغى أن لا يحنث فليتأمل (قوله والمراد بالغلام إما العبد الى قوله وإما الولد) أقول والغلام يطلق على الولد أيضا قال الله تعالى انا نبشرك بغلام اسمه يحيى

يتعلق بها حقوق يرجع بها الوكيل بما يلحقه من العهدة على الموكل وليس للضرب شئ من ذلك فكان كالاكل والشرب وأجاب عن المسئلة المذكورة بان محمد الم يذكرها وهو مخالف لما ذكره المصنف وتخطئة له فانه ذكر انه لا حقوق له ترجع الى المأمور ومع ذلك جعله مما يحتمل النيابة قال (ومن قال هذا العبد حران بعته فباعه وشرط الخيار لنفسه عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم) لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق (فينزل الجزاء) قيل لو كان البيع من غير افادة الحكم كافيا لوقوع ما علق به لكان النكاح كذلك فاذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسدا وجب أن ينزل الجزاء وليس كذلك وأجيب بان جواز البيع ليس مع المنافي وجواز النكاح مع المنافي لانه رق والانسانية تنافيه فاذا كان النكاح فاسدا اعتضد فساده بما يخالف الدليل فترجح جانب العدم فصار كأن لم يكن بخلاف البيع لانه موافق للدليل فكان موجودا بالايجاب والقبول في المحل وان لم يفد الحكم ولو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه وشرط الخيار لنفسه عتق أيضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على أصلهما ظاهر لان خيار المشترى لا يمنع ثبوت الملك له عندهما وكذا على أصله لان هذا العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق بعد الشراء بخيار الشرط انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكذلك اذا علق ورد بان في التنجيز لو لم ينفسخ الخيار ابطل التنجيز أصلا لعدم احتماله التأخير وفي التعليق لو لم ينفسخ لم يبطل لثبوت العتق بعد مضى مدة الخيار فلا يلزم من صحة التنجيز بفسخ الخيار صحة حكم التعليق به في الحال وأجيب بان العتق يحتاط في تعجيله وهو ممكن بايقاعه في الحال بفسخ الخيار فلا يؤخر الى مضى مدة الخيار وطولب ههنا فرقان فرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبينها والخيار للبائع فانه قد اشتراه ولم يعتق عليه وفرق بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا اشترى الرجل قريبه بشرط الخيار له

دخل على البيع فيقتضى اختصاصه به وذلك بان يفعله بأمره اذ البيع تجرى فيه النيابة ولم توجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه أقرب اليه فيقتضى الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجرى فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين (ومن قال هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق) لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء

يصح بعت لك هذا الثوب وبعت هذا الثوب لك بمعنى واحد اما على جعل المخاطب مشتريا له فيهما فاللام للاختصاص واما على جعلها فيهما للتعليل أى بعته لاجلك فهى أيضا تفيد الاختصاص على ما ذكروا لكن الوجه الظاهر في الاستعمال أنه اذا وليت اللام الفعل متوسطة بينه وبين المفعول نحو بعت لك هذا كانت للتعليل ووجه افادتها الاختصاص هو أنها تضيف متعلقها المدخولها او متعلقها الفعل ومدخولها كاف المخاطب فتفيد أن المخاطب مختص بالفعل وكونه مختصا به يفيد أنه لا يستفاد اطلاق فعله الا من جهته وذلك يكون بأمره واذا باع بأمره كان بيعه اياه من أجله وهى لام التعليل فصار المعقود عليه أن لا يبيعه من أجله فاذا دس المخاطب ثوبه بلا علمه فباعه لم يكن باعه من أجله لان ذلك لا يتصور الا بالعلم بأمره به ويلزم من هذا كون هذا لا يكون الا في الافعال التى تجرى فيها النيابة كالصياغة نحو ان صغت لك خاتما وكذا ان خطت لك وان بنيت لك بيتا بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا للمخاطب سواء كان باذنه أو بغير اذنه لان المحلوف عليه يوجد مع أمره وعدم أمره وهو بيع ثوب مختص بالمخاطب لان اللام هنا أقرب الى الاسم الذى هو الثوب منه للفعل والقرب من أسباب الترجيح فيوجب اضافتها الثوب الى مدخولها على ما سبق ومثله ما لو وليت فعلا لا تجرى فيه النيابة مثل الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلو قال ان أكلت لك طعاما أو طعاما لك أو شربت لك شرابا أو شرابا لك أو ضربت لك غلاما أو غلاما لك أو دخلت لك دارا أو دارا لك فانه يحنث بدخول دار مختص بها المخاطب أى تنسب اليه وأكل طعام يملكه سواء كان بأمره أو بعلمه أو دونهما ثم ذكر ظهير الدين أن المراد بالغلام الولد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فكان كالاجارة قال تعالى وبشروه بغلام عليم وقال قاضيخان المراد به العبد للعرف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك به فانصرف اللام الى ما يملك لا الى ما لا يملك (قوله ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع و) الفرض أن (الملك فيه قائم) لان خيار البائع لا يوجب خروج المبيع من ملك البائع (فينزل الجزاء) لوجود المحل ولو باعه بيعا فاسدا فان كان العبد في يد المشترى مضمونا عليه

(قوله قيل لو كان البيع الى آخر قوله وأجيب بان جواز البيع ليس من المنافى) أقول وقد يقرر هذا السؤال والجواب هكذا فان قيل هذا البيع لم يفد حكمه ومع ذلك اعتبر لنزول الجزاء والنكاح الفاسد لم يفد حكمه ومع ذلك لم يعتبر ولم يحنث به اذا علق به العتق قيل جواز البيع باعتبار المالية وليس في المالية معنى ينبو عن قبول حكم الايجاب والقبول وجواز النكاح باعتبار الانسانية ألا يرى أنه يختص ببنى آدم وفيها ما ينبو عن قبول حكم الايجاب والقبول لانها تقتضى الحرية والنكاح رق فلا يحنث الا اذا كان صحيحا كذا في الفوائد الظهيرية

(وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على أنه بالخيار عتق) أيضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على أصلهما ظاهر وكذا على أصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا (ومن قال ان لم أبع هذا العبد أو هذه الامة فامرأته طالق فاعتق أو دبر طلقت امرأته) لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع

بأن كان غصبه لا يعتق كما في البيع الصحيح البات لانه كما تم البيع يزول العبد عن ملكه الى المشتري قيل وهذه تدل على أن المعلول مع العلة في الخارج وعقيب الشرط فان البيع كما هو علة للملك هو شرط لثبوت العتق لذلك العبد فكان المعلول وهو الملك أسرع ثبوتا من المشروط الذي هو العتق حيث وجد ملك المشتري قبل وجود العتق ويمكن أن يقال بل انما قارن الاعتاق زوال الملك فلم ينزل العتق لانه بعده فلم يصادف الملك وتقدم مثل هذا للمصنف فتذكره وهذا على أن المعلول عقيب العلة كما هو رأي المصنف فعرف بهذا وجه تقييد المسئلة بكون البيع بشرط الخيار لانه لو قال ان بعت هذا العبد فهو حر فباعه بيعا باتا لا يعتق (قوله وكذلك ان قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على أنه بالخيار) يعني للمشتري (يعتق أيضا) أما اذا اشتراه شراء فاسدا باتا فان كان في يده مضمونا بأن كان غصبه عتق لانه صار معتقا ملك نفسه ولو كان شراء صحيحا باتا عتق بطريق الاولى لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه أما على قولهما فظاهر وأما على قول أبي حنيفة فلأن العتق الواقع في هذا العبد بسبب تعليق هذا المشتري والمعلق بالشرط كالمنجز عنده وهو لو اشتراه بشرط الخيار وأعتقه قبل اسقاط الخيار يعتق وثبت الملك سابقا له شرطا اقتضائيا فكذا هذا وأورد طلب الفرق بين هذا البيع وبين النكاح الفاسد على قول أبي حنيفة حيث لا يقع به العتق فيما اذا قال ان تزوجت فعبدي حر فتزوج نكاحا فاسدا مع أن كلا منهما لا يفيد الملك وأجيب بأن البيع وان لم يستعقب الملك فهو بيع تام على وفق الدليل وهو الايجاب والقبول في محله فكان وجوده وجود الشرط بخلاف النكاح فانه اذا صح كان على خلاف الدليل اذ الحرية تنفي ورود الملك فكيف اذا كان الملك فاسدا فلا يحكم بأنه الشرط الا اذا صح ويمكن أن يقال لا ورود لهذا السؤال فان هذا البيع وان كان بشرط الخيار للمشتري فانه يعقب الملك له بسبب خاص فيه وهو تعليقه السابق عتق من يشتريه فانه يلزم أن ينزل العتق عند الشراء لانه الشرط و يستلزم سبق الملك اقتضاء ومثله لا يتصور في النكاح وأورد منع كون المعلق كالمنجز لان المنجز لو لم يثبت عند الخيار والحكم يتقدمه يلغو والمعلق لا يلزم الالغاء لان الملك يثبت بعد مضي مدة الخيار فينزل اذ ذاك ولا يلغو وأجيب لما أمكن أن يجري فيه ما يجري في المنجز والعتق يحتاط في اثباته وجب اعتباره اذ ذاك والا جاز أن يفسخ قبل المدة فلا يعتق بخلاف ما اذا اشترى أباه بشرط الخيار لا يعتق الا أن تمضي المدة عند أبي حنيفة لعدم الملك فانه لم يوجد منه تكلم بالاعتاق بعد الشراء بشرط الخيار حتى يسقط خياره وانما يعتق على القريب بحكم الملك ولا ملك للمشتري بالخيار والشارع انما علق عتقه في قوله من ملك ذا رحم بالملك لا بالشراء أما هنا فالايجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قائلا أنت حر فينفسخ الخيار ضرورة (قوله ومن قال ان لم أبع هذا العبد أو هذه الامة فامرأته طالق فاعتق أو دبر) تدبيرا مطلقا (طلقت لان الشرط) وهو عدم بيعه (قد تحقق) بوقوع اليأس عنه بفوات المحلية بالعتق والتدبير

فانه لا يعتق عليه مالم يسقط الخيار عند أبي حنيفة رحمه الله وفرق بين الاولين بان الخيار اذا كان للمشتري يتمكن من اسقاطه ومتى كان الخيار للبائع لا يتمكن من اسقاطه و بين الثانيين بان شراء القريب لم يوجد فيه كلمة الاعتاق بعد الشراء حتى يسقط بها الخيار فلا يعتق عليه مالم يسقطه وأما في الايجاب المعلق فانه يصير قائلا عند وجود الشرط أنت حر فيسقط الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك ووضع المسئلة في البيع بشرط الخيار يفيد أن البيع اذا كان باتا لا يعتق وان وجد البيع بناء على ان العلة مع المعلول في الوجود الخارجي فكما تم البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لا ينزل في غير الملك بخلاف ما فيه الشرط فانهما يتعاقبان فيه (ومن قال ان لم أبع هذا العبد أو هذه الامة فامرأته طالق فاعتق أو دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع) وهذا في اعتاق العبد ظاهر وأما في التدبير والامة فلا بد من بيان لان المدبر يجوز بيعه اذا قضى القاضي بجواز بيعه والامة يجوز أن ترتد فتسبى بعد اللحاق بدار الحرب وذلك أن الكلام في المدبر مادام مدبرا واذا قضى القاضي بجواز بيعه يفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدبر وفوات المحلية انما كان باعتبار بقاء التدبير وهذا كما ترى غير مخلص لانه يفيد أن فوات المحلية ببقاء التدبير والتدبير قد يزول فلا تفوت المحلية فكان الواجب أن لا يقع الطلاق والاولى في البيان أن يقال بيع المدبر لا يجوز فالظاهر أن المسلم لا يقدم عليه فان أقدم فالظاهر أن القاضي لا يقدم على القضاء بما لا يجوز ومع ذلك فالاصل عدم ما يحدث فكان عدم فوات المحلية بناء على جواز القضاء ببيعه مخالفا للظاهر من كل وجه فلا يكون معتبرا وأما الامة فان من مشايخنا من قال لا تطلق امرأته في التعليق بعدم بيعها باعتبار هذا الاحتمال والصحيح أنها تطلق لانه انما عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك

فصار

(واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت على فقال كل امرأة لى طالق ثلاثا طلقت هذه التى حلفته فى القضاء) وعن أبى يوسف أنها لا تطلق لانه أخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه إرضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما أحله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا وان نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام

فصار كما لو علق طلاقها بعدمه بلفظ ان غاب أو مات العبد فانها تطلق لوقوع اليأس وأورد عليه منع وقوع اليأس فى العتق مطلقا بل فى العبد أما فى الامة فجاز أن ترتد بعد العتق فتسبى فيملكها هذا الحالف فيعتقها وفى التدبير مطلقا لجواز أن يقضى القاضى ببيع المدبر وأجيب بأن من المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال والصحيح أنها تطلق لان ما فرض من الامور الموهومة الوقوع فلا يعتبر ولان الحلف على بيع هذا الملك لا كل ملك وأجيب أيضا عن المدبر بان بيعه بيع قن لانفساخ التدبير بالقضاء فيعتق ولا فرق بين كون العبد ذميا أو مسلما ويجرى فيه اختلاف المشايخ والتصحيح (قوله واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت على فقال كل امرأة لى طالق ثلاثا طلقت هذه التى حلفته فى القضاء) وان قال نويت غيرها صدق فيما بينه وبين الله تعالى وتطلق فى القضاء وهذه مسئلة الجامع الصغير ولم يحك خلافا وذكروا عن أبى يوسف فى شروح الجامع الصغير أنها لا تطلق واختاره شمس الائمة وكثير من المشايخ لان الكلام خرج جوابا فينطبق على السؤال فكأنه قال كل امرأة لى غيرك طالق دلالة (ولان غرضه ارضاؤها) لا ايحاشها وجه ظاهر الرواية أن اللفظ عام ولا مخصص متيقن لانه ان كان فهو غرض ارضائها وجاز كون غرضه ايحاشها لاعتراضها عليه فيما أحل الله له فكان محتملا لكل من الامرين فالحكم بعين تحكم ولانه زاد على قدر الجواب اذ يكفيه أن يقول ان كنت فعلت ذلك فهى طالق فلما لم يقتصر جعل مبتدئا تحرزا عن الالغاء والله أعلم ﴿فروع﴾ قال لى اليك حاجة أتقضيها لى فقال نعم وحلف على ذلك بالطلاق والعتاق فقال حاجتى أن تطلق زوجتك ثلاثا له أن لا يصدقه لانه متهم ولو حلف ليطيعنه فى كل ما يأمره به وينهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته فجامعها الحالف لا يحنث الا اذا كان ما يدل على قصده الى ذلك عند تحليفه على الطاعة لان الناس لا يريدون به النهى عن جماع المرأة عادة كما لا يريدون به النهى عن الاكل والشرب * حلف لا يطلق امرأته فكل طلاق يضاف اليه يحنث به حتى لو وقع عليها طلاق بمضى مدة الايلاء يحنث لا بما لا يضاف اليه فلا يحنث بتفريق القاضى للعنة واللعان ولا باجازة خلع الفضولى بالفعل ويحنث لو أجازه بالقول * قال امرأته طالق ثلاثا ان دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان أنه دخلها اليوم فقال عبده حران كانا رأيانى دخلت لم يعتق عبده بقولهما رأيناه دخل حتى يشهد آخران غيرهما أن الاولين رأياه دخل * ادعت أنها امرأته فحلف بطلاق زوجة أخرى له ماهى امرأته فأقامت بينة أنها امرأته فقال كانت امرأتى فطلقتها قال لا يحنث * حلف ماله عليه شئ فشهدا أن له عليه ألفا وقضى بها القاضى يحنث فى قول أبى يوسف خلافا لمحمد حتى لو كان الحلف بطلاق فرق بينهما عند أبى يوسف خلافا له بخلاف ما لو شهدا أنه أقرضه ألفا والمسئلة بحالها لا يحنث فى قولهما * حلف بطلاق ولا يدرى حلف بواحدة أو أكثر يتحرى ويعمل بما يقع عليه التحرى فان استوى ظنه يأخذ بالاكثر احتياطا * قال عمرة طالق الساعة أو زينب ان دخلت الدار لم يقع الطلاق على إحداهما حتى تدخل الدار فاذا دخلت احداهما خير فى ايقاعه على أيهما شاء * ولو اتهمت امرأة بالسرقة فأمرت زوجها أن يحلف بطلاقها انها لم تسرق فحلف فقالت قد كنت سرقت فللزوج أن لا يصدقها لانها صارت متناقضة * حلف ان لم يجامع امرأته ألف مرة فهى طالق قالوا هذا على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير * حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فولد له ابن فكلمه

وقد انتهى ذلك الملك بالاعتاق والتدبير وقوله (ولو قالت المرأة لزوجها) ظاهر وقوله (لانه زاد على حرف الجواب) أى أصله لانه لو أراد الجواب المطابق لقال ان فعلت فهى طالق فلما ذكر كلمة كل دل على أن مراده العموم فيعمل بعموم اللفظ دون خصوص السبب فكان مبتدئا وقوله (وقد يكون غرضه ايحاشها) جواب عن قوله بأن الغرض ارضاؤها

(قوله وقد انتهى ذلك الملك بالاعتاق والتدبير) أقول فيه بحث فان الملك كامل فى المدبر كما مر فى الباب السابق والاظهر أن يقول ولا يمكن البيع بعد الاعتاق والتدبير

﴿باب اليمين فى الحج والصلاة والصوم﴾

قدم هـذا الباب على باب اللبس وغيره لان فى هذا ذكر العبادات وذكرها مقدم على غيرها وانما تأخر عما تقدم لكثرة وقوع ذلك ومسائل هذا الفصل على ثلاثة أوجه فى وجه يلزمه إما حجة أو عمرة فى قولهم جميعا وفى وجه لا يلزمه شئ كذلك وفى وجه اختلفوا فيه أما الوجه الاول ففيما اذا قال على المشى الى بيت الله أو الى الكعبة أو الى مكة وفى رواية النوادر أو الى بكة سواء كان فى الكعبة أو فى مكة أو لم يكن لزمه حجة أو عمرة ماشيا فان لم يكن بمكة فظاهر وان كان بها واختار الحج يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا فان ركب لزمه شاة وان اختار العمرة خرج الى التنعيم ويحرم بالعمرة ولم يذكر محمد أنه يخرج الى التنعيم ماشيا أو راكبا وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم جاز له أن يركب وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح اليه ليس بمشى الى بيت الله وانما المشى اليه وقت الرجوع وقال بعضهم يمشى وقت الرواح أيضا لان الرواح اليه للاحرام فكان مشيا الى بيت الله والقياس أن لا يلزمه بهذا النذر شئ (لانه التزم ما ليس بقربة واجبة) لان المشى أمر مباح (ولا مقصودة فى الاصل) يعنى لذاته لان المقصود منه شئ آخر لا نفسه فكان القياس أن يكون النذر به باطلا لكن تركناه بالاثر والعرف * أما الاثر فما قال محمد فى الاصل بلغنا عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا حج راكبا وذبح شاة لركوبه كذا فى بعض الشروح وليس بمطابق لما نحن فيه لجواز أن يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشيا بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه وقال آخرون روى عن على رضى الله عنه أنه أجاب فى هذه المسئلة بان عليه حجة أو عمرة وهذا مطابق وقد روى شيخى فى شرحه ان أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشى الى بيت الله تعالى فأمرها النبى صلى الله عليه وسلم أن تحرم بحجة أو عمرة * وأما العرف فما ذكره فى الكتاب أن الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال على زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان ركب وأراق دما فله ذلك على ما ذكره فى المناسك وايجاب الحج أو العمرة بهذا النذر بطريق المجاز من باب ذكر السبب أحد وارادة المسبب ولهذا لم يفرق بين أن يكون الناذر فى الكعبة أو فى غيرها فان قيل فاذا كان هذا اللفظ استعارة لالتزام الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما لو نذر أن يضرب بثوبه حطيم الكعبة فحينئذ ينبغى أن لا يلزمه المشى فى طريق الحج كما لا يلزمه هنالك ضرب الحطيم بثوبه وانما يجب إهداء الثوب الى مكة لكون اللفظ عبارة عنه أجيب بان للحج ماشيا فضيلة ليست له راكبا قال صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة فاعتبر لفظه لايجاب المشى لاحراز تلك الفضيلة ومعناه فى ايجاب الحج أو العمرة لاجماعهم على ذلك المتعارف وفيه نظر لانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز

﴿باب اليمين فى الحج والصلاة والصوم﴾

(ومن قال وهو فى الكعبة أو فى غيرها على المشى الى بيت الله تعالى أو الى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشيا وان شاء ركب وأهراق دما) وفى القياس لا يلزمه شئ لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة فى الاصل ومذهبنا مأثور عن على رضى الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال على زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب وأراق دما وقد ذكرناه فى المناسك

يحنث فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ولا يحنث فى قول محمد والاصل أنه يعتبر وجود الولد وقت اليمين وهما يعتبرانه وقت التكلم والله أعلم

﴿باب اليمين فى الحج والصلاة والصوم﴾

قدمها بعد ما تقدم لانها عبادات فتترجح فى نفسها فيقتضى ذلك أن تقدم الا أن يعرض ما يوجب تقديم غيرها من كثرة الوقوع المقتضية لأهمية التقديم (قوله ومن قال وهو فى الكعبة أو فى غيرها على المشى الى بيت الله أو الى الكعبة) وكذا على المشى الى مكة أو بكة بالباء (فعليه حجة أو عمرة ماشيا وان شاء ركب وأهراق دما) والتقييد بكونه فى الكعبة مذكور فى الجامع الصغير ليفيد أن وجوب

﴿باب اليمين فى الحج والصلاة والصوم﴾

(قال المصنف وفى القياس لا يلزمه الى قوله فى الاصل) أقول فان قيل يشكل هذا بالاعتكاف فقد صح النذر به وان لم يكن واجب من جنسه قصدا قلنا الاعتكاف لا يصح الا بالصوم والصوم من جنس القرب المقصودة فان قيل الاعتكاف يصح فى الليل وان كان الصوم لا يصح فيه قلنا صحة الاعتكاف فى الليل تبع لصحة الاعتكاف فى اليوم ولهذا لو نذر الاعتكاف فى الليل منفردا عن اليوم لا يصح وفى فصل القضاء بالمواريث من شروح الهداية كلام متعلق بالاعتكاف فراجعه (قوله وفيه نظر لانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول والذى يعلم من كلام الكافى أن اللفظ كناية لا مجاز فلا يلزم الجمع بينهما

(ولو قال على الخروج أو الذهاب الى بيت الله تعالى فلا شئ عليه) لان التزام الحج أو العمرة بهذا اللفظ غير متعارف (ولو قال على المشى الى الحرم أو الى الصفا والمروة فلا شئ عليه) وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد فى قوله على المشى الى الحرم حجة أو عمرة) ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما أن الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله أن التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلا

أحد النسكين بهذه العبارة ليس باعتبار أنه مدلول اللفظ و إلا لغا لانه لا يلتزم المشى الا ليصل اليه فاذا كان فيه استحال التسبب لحصوله والحق أن يقال ليس باعتبار أنه مدلول اللفظ لان الواقع أن مدلول المشى ليس هو الحج أو العمرة بل ولا يستلزمه لجواز أن يمشى الى البيت ولا يفعل نسكا إما ابتداء معصية و إما بان يقصد مكانا فى الحل داخل المواقيت ليس غير فاذا وصل اليه صار حكمه حكم أهله وله بعد ذلك أن يدخل مكة والبيت بلا احرام وهذا لان من الجائز أن يكون فى البيت و يوجب المشى اليه مرة أخرى فيلزمه اذا خرج أن يعود كما لو كان فى بيت فقال والله لأدخلن هذا البيت فان عليه أن يخرج ثم يدخل مرة ثانية ولا باعتبار الحكم بذلك مجازا باعتبار أنه سبب الاحرام صونا له عن اللغو لانه ليس لازما له لجواز أن يقصد بسيره مكانا داخل المواقيت ليس غير كما ذكرنا ولا بالنظر الى الغالب وهو أن الذهاب الى هنالك يكون لقصد الاحرام لما عرف من الغاء الالفاظ وهى ما اذا نذر الذهاب الى مكة كأن قال على الذهاب أو لله على الذهاب الى مكة أو السفر اليها أو الركوب اليها أو المسير أو المضى أنه لا يلزمه شئ مع امكان أن يحكم بذلك فيها صونا عن اللغو بل لانه تعورف ايجاب أحد النسكين به فصار فيه مجاز الغويا حقيقة عرفية مثل ما لو قال على حجة أو عمرة والا فالقياس كما ذكره المصنف أن لا يجب بهذا شئ لانه التزم ما ليس بقربة واجبة وهو المشى ولا مقصودة فى الاصل ولو قيل بل هى واجبة فان المكى اذا قدر على المشى يلزمه الحج ماشيا أجيب بان الشرط للزوم النذر على ما قدمناه بعد كونه من جنسه واجب أن يكون مقصودا لنفسه لا لغيره حتى لا يلزمه النذر بالوضوء لكل صلاة والمشى المذكور وكذا السعى الى الجمعة كذلك لمن لا يملك مركبا و يقدر على المشى الا أنه قد يعكر عليه الطواف فانه واجب مقصود لنفسه لا شرط لغيره الا أن يراد من جنس المشى الى مكة وأورد أن الاعتكاف يلزم بالنذر وليس من جنسه واجب أجيب بأن من شرطه الصوم ومن جنسه واجب وتوجيهه أن ايجاب المشروط ايجاب الشرط ولا خفاء فى بعده فان وجوب الصوم فرع وجوب الاعتكاف بالنذر والكلام الآن فى صحة وجوب المتبوع فكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع لزوم المشروط وان استدل بالاجماع أو النص المتقدم فى حديث نذر عمر رضى الله عنه الاعتكاف فى الجاهلية فهم لا يقولون بهذا الحديث بل يصرفونه عن ظاهره لانهم والشافعى لا يصححون نذر الكافر ثم قد يقال تحقق الاجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر يوجب اهدار اشتراط وجود واجب من جنسه واذا تعارفوه للايجاب صار كقوله على زيارة البيت ماشيا فانه موجب لذلك ولو أراد بيت الله بعض المساجد لم يلزمه شئ وكذا لا يلزمه بقوله على المشى الى بيت المقدس أو مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم شئ وأورد أنه اذا كان كقوله على حجة أو عمرة ينبغى أن لا يلزمه المشى لانه لو قال على الحج لا يلزمه والجواب أن الحق أن التقدير على حجة أو عمرة ماشيا لان المشى لم يهدر اعتباره شرعا فانه روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشى الى البيت فأمرها النبى صلى الله عليه وسلم أن تركب وتهدى هديا رواه أبو داود وغيره وسنده حجة وما فى صحيح مسلم أنه قال لتمش ولتركب فمحمول إما على ذكر بعض المروى وعلى هذا اقتصرنا فى كتاب الحج يعنى أن محل الاشكال جواز ركوبها ولو أهدت كما لو نذر الصوم بصفة التتابع ليس له أن يفرق

والاولى أن يقال هذه اللفظة فى العرف تستعمل للحج أو العمرة ماشيا الا أن الحقيقة مرادة بلفظه ومجازه بمعناه *وأما الوجه الثانى ففيما اذا قال على الخروج أو الذهاب أو السعى أو السفر أو الركوب أو الاتيان الى بيت الله أو المشى الى الصفا والمروة لم يلزمه شئ لعدم الاثر والعرف فيه فكان باقيا على القياس *وأما الوجه الثالث ففيما اذا قال على المشى الى الحرم أو الى المسجد الحرام قال أبو حنيفة رضى الله عنه لا شئ عليه كما لو قال على المشى الى الصفا والمروة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه حجة أو عمرة لان الحرم شامل للبيت (وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله أن التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف) حتى يصير مجازا (ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلا)

(ومن قال عبدى حر ان لم أحج العام وقال حججت وشهد شاهدان أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يعتق) لان هذه شهادة قامت على أمر معلوم وهو التضحية

و يتصدق بل لو فرق لزم استئنافه فاقتصر الراوى على ذلك ليفيد دفع ذلك وعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر أو محمول على حالة الجهد فان فى بعض طرقه وانها لا تطيق ذلك ثم يعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر وقد ذكرنا بقيته هنا لتذييلا طويلا وفروعا جمة وان الراجح أنه يلزمه المشى من بيته لا من حيث يحرم فيه من الميقات يعنى فالخلاف فيما اذا لم يحرم منه هل يلزمه المشى منه أو من حيث يحرم فيه من الميقات أما لو أحرم من بيته لزمه المشى منه بالاتفاق ﴿واعلم﴾ أن فى بعض طرق حديث اخت عقبة قال ولتهد بدنة لكنهم عملوا باطلاق الهدى فى الحديث الآخر الثابت فى الصحيحين وأخرج الحاكم فى المستدرك من حديث عمران بن الحصين قال ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الا أمرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة وقال أن من المثلة أن ينذر الرجل أن يحج ماشيا فمن نذر أن يحج ماشيا فليهد هديا وليركب وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه لكن حمل المطلق على المقيد اذا كانا فى حادثة واحدة واجب فتجب البدنة ثم المصنف ذكر هذا المذهب عن على رضى الله عنه والمروى عن على من طريق الشافعى عن ابن علية عن سعيد بن أبى عروبة عن قتادة عن الحسن عن على فى الرجل يحلف على المشى قال يمشى فان عجز ركب وأهدى بدنة ورواه عبد الرزاق عن على بسند صحيح فيمن نذر أن يمشى الى البيت قال يمشى فاذا أعيا ركب وأهدى جزورا وأخرج نحوه عن ابن عمر وابن عباس وقتادة والحسن وأما ورود البدنة فى خصوص حديث أخت عقبة بن عامر فأسند أبو يعلى فى مسنده حدثنا زهير حدثنا أحمد ابن عبد الوارث حدثنا همام حدثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية فسأل النبى صلى الله عليه وسلم عنها فقال ان الله عز وجل غنى عن نذر أختك لتركب ولتهد بدنة وأما اذا كان الناذر بمكة وأراد أن يجعل الاحد الذى لزمه حجا فانه يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا الى أن يطوف طواف الزيارة كغيره وان أراد اسقاطه بعمرة فعليه أن يخرج الى الحل فيحرم منه وانما اختلفوا فى أنه يلزمه المشى فى ذهابه الى الحل أو لا يلزمه الا بعد رجوعه منه محرما والوجه يقتضى أنه يلزمه المشى لما قدمناه فى الحج من انه يلزمه المشى من بلدته مع انه ليس محرما منها بل هو ذاهب الى محل الاحرام ليحرم منه أعنى المواقيت فى الاصح لما قدمنا عن أبى حنيفة لو أن بغداديا قال ان كلمت فلانا فعلى أن أحج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه أن يمشى من بغداد ولو قال على السفر الى بيت الله فقد علمت أنه لا يلزمه شئ مع أخواته ومثله الشد والهرولة والسعى الى مكة وكذا على المشى الى أستار الكعبة أو باب الكعبة أو ميزابها أو اسطوانة البيت أو الصفا أو المروة أو الى عرفات ومزدلفة لا يلزمه شئ واختلفوا فيما اذا قال لله على المشى الى الحرم أو الى المسجد الحرام قال أبو حنيفة لا يلزمه شئ وقال صاحباه يلزمه أحد النسكين والوجه فى ذلك أن يحمل على انه تعورف بعد أبى حنيفة ايجاب النسك بهما فقالا به كما تعورف بالمشى الى الكعبة و يرتفع الخلاف والا فالوجه الذى ذكراه وهما (١) متضائل وهو أن الحرم والمسجد الحرام يشتمل على الكعبة فذكر المشتمل ذكر للمشمول وهو الكعبة ولو صرح بقوله لله على المشى الى الكعبة لزمه فكذا ذكر المشتمل لان ايجاب اللفظ لتعارف عينه فيه وليس عين المشى الى الحرم عينه وهو وجه أبى حنيفة (قوله ومن قال عبدى حر ان لم أحج العام فقال بعد انقضائه حججت وأقام العبد شاهدين على أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده عند أبى حنيفة وأبى يوسف) ولم يذكر قول أبى يوسف مع أبى حنيفة فى الجامع الصغير قاله صاحب المختلف وكذا لم يذكره الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير (وقال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت على أمر مشاهد وهو التضحية)

(ومن قال عبدى حر ان لم أحج العام) ظاهر

(١) متضائل أى متصاغر من الضآلة وهى النحافة وفى بعض النسخ ليس بقوى متضائل ولعلهما نسختان جمع الناسخ بينهما اهـ مصححه

ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا أنه لم يحج العام غاية الامر أن هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا (ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم أفطر من يومه حنث) لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب (ولو حلف لا يصوم يوما أو صوما فصام ساعة ثم أفطر لا يحنث)

وكيف لا يقبل (ومن ضرورته انتفاء الحج) ذلك العام (فيتحقق الشرط) فيعتق (ولهما انها قامت على النفي) معنى (لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية) فان الشهادة على التضحية غير مقبولة لان المدعى وهو العبد لا حق له فيما يطلبه لان العتق لم يعلق بها وما لا مطالب له لا يدخل تحت القضاء واذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل على نفي الحج مقصودا والشهادة على النفي باطلة فان قيل لا نسلم أنها مطلقا باطلة بل النفي اذا كان مما يعلم ويحيط به الشاهد صحت الشهادة عليه فانه ذكر في السير الكبير شهدا على رجل أنه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته لاحاطة علم الشاهد به أجاب المصنف بقوله (غاية الامر أن هذا نفي يحيط به علم الشاهد لكنه لا يميز بين نفي ونفي) في عدم القبول بان يقال النفي اذا كان كذا صحت الشهادة به وان كان كذا لا تصح (تيسيرا) ودفعا للحرج اللازم في تمييز نفي من نفي وأما مسئلة السير فالقبول باعتبار انها شهادة على السكوت الذي هو أمر وجودي وصار كشهود الارث اذا قالوا نشهد أنه وارثه لا نعلم له وارثا غيره حيث يعطى له كل التركة لانها شهادة على الارث والنفي في ضمنه والارث مما يدخل تحت القضاء فاما النحر وان كان وجوديا ونفي الحج في ضمنه لكنه لا يدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها في حقه فبقي النفي هو المقصود بها وأما ما في المبسوط من أن الشهادة على النفي تقبل في الشروط حتى لو قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فشهدا أنه لم يدخلها قبلت ويقضى بعتقه وما نحن فيه من قبيل الشروط فأجيب عنه بانها قامت بامر ثابت معاين وهو كونه خارجا فيثبت النفي ضمنا ولا يخفى انه يرد عليه ان العبد كما لا حق له في التضحية اذ لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حق له في الخروج لانه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج في مسئلتنا فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدعى به من النفي المجعول شرطا قبلت الشهادة عليه وان كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفي المدعى به فقول محمد أوجه (قوله ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وأمسك ساعة ثم أفطر من يومه حنث لوجود الشرط) وهو الصوم الشرعي (اذ هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب) وقد وجد تمام حقيقته وما زاد على أدنى امساك في وقته تكرار للشرط ولان بمجرد الشروع في الفعل اذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ولذا أنزل ابراهيم صلى الله عليه وسلم ذابحا حيث أمر السكين في محل الذبح فقيل له قد صدقت الرؤيا بخلاف ما اذا كانت حقيقته تتوقف على أفعال مختلفة كالصلاة فلذا قال فيمن حلف لا يصلي انه اذا قام وقرأ وركع وسجد حنث اذا قطع فلو قطع بعد الركوع لا يحنث لانه لم يدخل في الوجود تمام حقيقتها (قوله ولو حلف لا يصوم يوما أو صوما لم يحنث بصوم ساعة) بل باتمام اليوم أما في يوما فظاهر وكذا في صوما لانه مطلق فينصرف الى الكامل

وقوله (لكن لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا) نوقض بمسئلة السير الكبير رجلان شهدا على رجل أنا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه امرأته والرجل يقول وصلت بقولي قول النصارى جازت هذه الشهادة وان قامت على النفي لانها قامت على نفي شئ أحاط به علم الشاهد وأجاب الامام قاضيخان بان هذه الشهادة شهادة قامت على أمر وجودي وهو سكوت الزوج عقيب قوله المسيح ابن الله ولكن قال الامامان العلمان في التحقيق شمس الائمة وفخر الاسلام اذا قال الشاهدان الزوج لم يقل هذه الزيادة قبلت الشهادة لان قولهما هذا بيان منهما لاحاطة علمهما بذلك فكان التمييز بين نفي ونفي معتبرا ولكنه ليس مختار المصنف لافضائه الى الحرج قوله (ومن حلف لا يصوم) ظاهر

(قوله جازت هذه الشهادة وان قامت على النفي الخ) أقول في الكافي فان قيل ذكر في المبسوط أن الشهادة على النفي تسمع في الشروط ولهذا لو قال لعبده ان لم أدخل الدار اليوم فأنت حر فشهدا أنه لم يدخل الدار اليوم تقبل شهادتهما ويقضى بعتقه وما نحن بصدده من قبيل الشروط قلنا هو عبارة عن أمر ثابت معاين وهو كونه خارج الدار اه وهو مخالف لما قدمه من أن النحر وان كان ثبوتيا لكنه لا يدخل تحت القضاء ولم يكن معتبرا فبقي النفي مقصودا كما لا يخفى فان كونه خارج الدار لا يدخل تحت القضاء أيضا (قوله وأجاب الامام قاضيخان الخ) أقول ان كان قوله لانها قامت على نفي شئ الخ مذكورا في السير الكبير لا يستقيم جواب قاضيخان (قوله وهو سكوت الزوج) أقول في كون السكوت وجوديا بحث قال في شرح العقائد السكوت هو ترك التكلم (قال المصنف اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب) أقول ان قلت المصدر مذكور هنا أيضا قلت بلى لكن لغة لا شرعا وعند ذكر المصدر صريحا ينصرف الى الكامل وهو الصوم لغة وشرعا

لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى آخر اليوم واليوم صريح فى تقدير المدة به (ولو حلف لا يصلى فقام وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث) والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع فى الصوم وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر فى الجزء الثانى

وهو المعتبر شرعا فلذا قلنا لو قال لله على صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالاجماع وكذا اذا قال على صلاة تجب ركعتان عندنا لا يقال المصدر مذكور بذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لا يصوم ولا يصوم صوما فينبغى أن لا يحنث فى الاول الا بيوم لانا نقول الثابت فى ضمن الفعل ضرورى لا يظهر أثره فى غير تحقيق الفعل بخلاف الصريح فانه اختيارى يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال وقد أورد عليه مالو قال لأصومن هذا اليوم وكان بعد أن أكل أو بعد الزوال أو قال لامرأته ان لم تصلى اليوم فأنت طالق فحاضت من ساعتها أو بعد ماصلت ركعة صحت اليمين وطلقت فى الحال مع أنه مقرون بذكر اليوم ولا كمال وأجيب بان اليمين تعتمد التصور والصوم بعد الزوال والاكل متصور كما فى صورة الناسى وكذا الصلاة من الحائض لان درور الدم لا يمنع كما فى المستحاضة الا أنها لم تشرع مع دروره هو حيض ففات شرط أدائه بخلاف مسئلة الكوز لان محل الفعل وهو الماء غير قائم أصلا فلا يتصور بوجه وها تان المسئلتان انما تصلحان مبتدأتين لا موردتين لأن كلامنا كان فى المطلق وهو لفظ يوما ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لانه مقيد معرف والمطلقات هى النكرات وهى أسماء الاجناس والافراد كزيد وعمرو مطلق ولا يقول به أحد والمسئلتان مشكلتان على قول أبى حنيفة ومحمد لان التصور شرعا منتف وكونه ممكنا فى صورة أخرى وهى صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد فانه حيث كان فى صورة الحلف مستحيلا شرعا لم يتصور الفعل المحلوف عليه لانه لم يحلف الا على الصوم والصلاة الشرعيين أما على قول أبى يوسف فظاهر أنهما تنعقدان ثم يحنث ﴿واعلم﴾ ان التمرتاشى ذكر أنه لو حلف لا يصوم فهو على الجائز لانه لتعظيم الله تعالى وذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت اليمين فى الماضى وظاهره يشكل على مسئلة الكتاب فانه حنثه بعد ما قال ثم أفطر من يومه لكن مسئلة الكتاب أصح لانها نص محمد فى الجامع الصغير (قوله ولو حلف لا يصلى فقام وقرأ وركع ثم قطع لم يحنث والقياس) يعنى على الصوم (أن يحنث بالافتتاح وجه الاستحسان ان الصلاة عبارة عن أفعال مختلفة فما لم يأت بها لا تسمى صلاة) يعنى لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفى بانتفاء الجزء (بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر بالجزء الثانى) ولذا قال الفقيه أبو الليث لا فرق بينهما فى الحاصل لان ما بعد صوم ساعة مكرر من جنس ما مضى فصار صوم ساعة كصلاة ركعة يعنى لانه يجتمع فيها تمام الحقيقة ثم قال المصنف (وان سجد مع ذلك) يعنى الركوع وما قبله (ثم قطع حنث) ويشكل عليه ماذكر التمرتاشى حلف لا يصلى يقع على الجائز كما تقدم فلا يحنث بالفاسد الا اذا كان اليمين فى الماضى أى حلف ما صليت وكان قد صلى فاسدة لان الصلاة الماضية يراد الخبر عنها لا التقرب بها ويصح الخبر عن الفاسدة اللهم الا أن يراد بالفاسدة أن تكون بغير طهارة ويكون ما فى الذخيرة بيانا له وهو قوله لو حلف لا يصلى فصلى صلاة فاسدة بان صلى بغير طهارة مثلا لا يحنث استحسانا لان مطلق الاسم ينصرف الى الكامل وهو ما به حصول الثواب وسقوط الفرض قال ولو نوى الفاسدة صدق ديانة وقضاء لان الفاسدة صلاة صورة واطلاق الاسم على صورته مجازا جائز فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تغليظ على نفسه ومع هذا يحنث بالصحيحة أيضا وليس فى هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز وانما طريقه أن فى الصحيح ما فى الفاسد وزيادة على شرط الحنث فلا يمنع الحنث ولو كان عقد يمينه على الماضى بان قال ان كنت صليت فهى على الجائزة والفاسدة ثم فرق بين لا أصلى ولا أصلى صلاة حيث يحنث بركعة فقال وفى صورة حذف المفعول المنفى فعل الصلاة

وقوله (لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا) أورد عليه مالو قال والله لأصومن هذا اليوم وكان ذلك بعد ما أكل أو شرب أو بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعى فان الصوم الشرعى بعد الاكل أو الشرب أو بعد الزوال غير متصور والجواب أن الدلالة قامت على أن المراد به ليس الصوم الشرعى وهو كون اليمين بعد الاكل أو بعد الزوال فانصرف الى الصوم اللغوى وانعقدت يمينه عليه بخلاف ما نحن فيه فانه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعى فينصرف اليه وقوله (ولو حلف لا يصلى) ظاهر

(قوله أورد عليه مالو قال والله لأصومن الخ) أقول هذا الايراد غير متوجه على هذا القول بل مورده قوله واليوم صريح فى تقدير المدة الا أن يقال المراد قوله لانه يراد به الصوم المعتبر شرعا الى آخر الكلام فليتأمل

(ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين) لانه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا وأقلها ركعتان للنهى عن البتيراء

﴿باب اليمين فى لبس الثياب والحلى وغير ذلك﴾

(ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدى فاشترى قطنا فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدى عند أبى

لا كون المفعول صلاة وذلك يحصل بالركعة الا أنه اذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلاة ولكن بعد صحته والانتقاض انما يظهر فى حكم يقبل الانتقاض والحنث بعد تحققه لا يقبل الانتقاض فظهر من كلامه هذا أن المراد من الفاسدة هى التى لم يوصف منها شئ بوصف الصحة فى وقت بأن يكون ابتداء الشروع غير صحيح وعليه يحمل ما أوردناه فى الصوم ويرتفع الاشكال هنالك أيضا وأورد أن من أركان الصلاة القعدة وليست فى الركعة الواحدة فيجب أن لا يحنث بها وأجيب بان القعدة موجودة بعد رفع رأسه من السجدة وهذا أولا مبنى على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشايخ والحق أنه يتفرع على الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فى ذلك ومرت المسئلة فى سجود السهو والأوجه أن لا يتوقف لتمام حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الارض ثم لو سلم فليست تلك القعدة هى الركن والحق أن الاركان الحقيقية هى الخمسة والقعدة ركن زائد على ما تحرر وانما وجبت للختم فلا تعتبر ركنا فى حق الحنث (قوله ولو حلف لا يصلى صلاة لم يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد بها الصلاة المعتبرة شرعا) على الوجه الذى قررناه فى لا يصوم صوما (وأقل المعتبر شرعا صلاة ركعتين للنهى عن البتيراء) نهيا يمنع الصحة لو فعلت ومن فروع هذه المسئلة ما فى الذخيرة قال لعبده ان صليت ركعة فأنت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى لانه فى الصورة الاولى ما صلى ركعة لانها بتيراء بخلاف الثانية وهذه المسئلة مذكورة فى نوادر ابن سماعة عن أبى يوسف فقال بعض المتأخرين تبين بهذه أن المذكور فى الجامع قول محمد يعنى وحده وهو غير لازم فان المذكور عن أبى يوسف حلف لا يصلى ركعة وصلاة الركعة حقيقة دون مجرد الصورة لا يتحقق الا بضم أخرى اليها والمذكور فى الجامع حلف لا يصلى ولم يقل ركعة والبتيراء تصغير البتراء تأنيث الابتر وهو فى الاصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص وفى البيع يحنث بالفاسد بخلاف النكاح والفرق غير خاف ثم اذا حلف لا يصلى صلاة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين اختلفوا فيه والاظهر أنه ان عقد يمينه على مجرد الفعل وهو اذا حلف لا يصلى صلاة يحنث قبل القعدة لما ذكرته وان عقدها على الفرض كصلاة الصبح أو ركعتى الفجر ينبغى أن لا يحنث حتى يقعد ﴿فروع﴾ حلف لا يؤم أحدا فصلى فجاء ناس واقتدوا به فقال نويت أن لا أؤم أحدا صدق ديانة لا قضاء الا ان أشهد أنى انما أصلى لنفسى وكذا لو صلى هذا الحالف الجمعة بالناس ونوى أن يصلى لنفسه الجمعة جازت الجمعة استحسانا لان الشرط فيها الجماعة وقد وجد وحنث قضاء لا ديانة وينبغى اذا أمهم فى صلاة الجنازة أن يكون كالاول ان أشهد صدق فيهما والا فنى الديانة ولو قال ما صليت اليوم صلاة يريد فى جماعة صحت نيته لانها ناقصة والمطلق ينصرف الى الكامل ولو قال ما صليت اليوم الظهر يريد فى جماعة قال محمد لا تسعه النية فى هذا بخلاف ما اذا صلى الظهر فى السفر ثم قاله يعنى ظهر مقيم وسعته فيما بينه وبين الله تعالى وفى ما أخرت صلاة عن وقتها وقد نام فقضاها اختلفوا بناء على ان وقت التذكر وقتها بالحديث فيصح أولا بل ينصرف الى الوقت الاصلى

﴿باب اليمين فى لبس الثياب والحلى وغير ذلك﴾

قدمه على الضرب والقتل لان اللبس أكثر وقوعا منه لا بقيد خصوص الملبوس أو لأن شرعيته

وقوله (لا يحنث ما لم يصل ركعتين) قيل عليه ينبغى أن لا يحنث بمجرد الاتيان بالركعتين ما لم يأت بالقعدة لان الصلاة لا تكون معتبرة بدون القعدة شرعا وليس بشئ لان الركعتين عبارة عن صلاة تامة وتمامها شرعا انما يكون بالقعدة أشار الى ذلك تعليله بقوله لانه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا والله أعلم

﴿باب اليمين فى لبس الثياب والحلى وغير ذلك﴾

قدم يمين لبس الثياب وغيره على اليمين فى الضرب والقتل إما لان عين لبس الثياب أكثر منه وجودا وإما لان اليمين به مشروع وجودا وعدما بخلاف الضرب والقتل (ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدى) أى صدقة أتصدق به على فقراء مكة وكلامه واضح

(قوله قيل عليه ينبغى أن لا يحنث) أقول صاحب القيل هو الاتقانى

حنيفة وقالا ليس عليه أن يهدى حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف) ومعنى الهدى التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما أن النذر انما يصح فى الملك أو مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب ملكه وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا

أوسع من شرعية الضرب والقتل والحلى بضم الحاء وتشديد الياء جمع حلى بفتح الحاء وسكون اللام كثدى وثدى (قوله ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك) أى ثوبا من غزلك أى مغزولك (فهو هدى) فغزلت من قطن مملوك له وقت الحلف فلبسه فهو هدى اتفاقا ولو لم يكن فى ملكه قطن أو كان لكن لم تغزل منه بل غزلت من قطن اشتراه بعد الحلف فلبسه فهى مسئلة الكتاب فعند أبى حنيفة هو هدى (وقالا ليس عليه أن يهدى حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف) أى وقت الحلف (ومعنى الهدى) هنا (ما يتصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها) فان كان نذر هدى شاة أو بدنة فانما يخرجه عن العهدة ذبحه فى الحرم والتصدق به هنالك فلا يجزيه إهداء قيمته وقيل فى اهداء قيمة الشاة روايتان فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره وان نذر ثوبا جاز التصدق فى مكة بعينه أو بقيمته ولو نذر اهداء ما لا ينقل كاهداء دار ونحوها فهو نذر بقيمتها (وجه قولهما أن النذر انما ينعقد) فيما هو (فى الملك) قال النبى صلى الله عليه وسلم لا نذر فيما لا يملك ابن آدم (أو مضافا الى سبب الملك) مثل ان اشتريت كذا فهو هدى أو فعلى أن أتصدق به ولم يوجد ذلك فان اللبس المجعول شرطا ليس سببا لملك الملبوس ولا متعلقه الذى هو غزل المرأة سببا لملكه اياه لانه يملك القطن وليس الغزل سببا لملك القطن لان غزلها يكون من قطنها ويكون من قطنه فلا يصح النذر فى المشترى من القطن اذا غزل (وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج) لان العادة ان يشترى القطن ويجعله فى البيت وهى تغزله فيكون المغزول مملوكا له (والمعتاد هو المراد) بالالفاظ فالتعليق بغزلها تعليق بسبب ملكه للثوب كأنه قال ان لبست ثوبا أملكه بسبب غزلك قطنه فهو هدى ولا حاجة الى تقدير ملك القطن ولا الى الالتفات اليه وان كان فى الواقع لا يملك المغزول بالغزل الا اذا كان القطن مملوكا له وحينئذ لا فرق بين أن يملك القطن بعد ذلك أو فى حال الحلف ثم استوضح على أن غزلها سبب عادى لملكه المغزول بقوله (ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر) بالاتفاق (مع أن القطن غير مذكور) وما ذاك الا لكون ذكر الغزل ذكر سبب الملك فى المغزول لان معنى كونه سببا كونه كلما وقع ثبت الحكم عنه وكون الغزل فى العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه كلما وقع ثبت عنده ملك الزوج فى المغزول وبهذا فارق مسئلة التسرى حيث لا يحنث فيها بالشراء بعد الحلف لان الاضافة الى التسرى ليست اضافة الى سبب الملك لان الملك لا يثبت عند التسرى أثرا له بل هو متقدم عليه وبهذا بطل قول من رجح قول زفر فى مسئلة التسرى هذا والواجب فى ديارنا أن يفتى بقولهما لان المرأة لا تغزل الا من كان نفسها أو قطنها فليس الغزل سببا لملكه للمغزول عادة فلا يستقيم جواب أبى حنيفة رحمه الله فيه ❊وهذه فروع تتعلق باللبس❊ حلف لا يلبس من غزلها فلبس فلما بلغ الذيل السرة تذكر فلم يدخل يديه فى الكمين ورجلاه بعد فى اللحاف حنث ❊ حلف لا يلبس ثوبا لا يحنث بلبس القلنسوة والعمامة ولو حلف لا يلبس ولم يقل ثوبا حنث والسراويل ثوب يحنث به ولو قال هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة حنث ❊ ولو ائتزر أو ارتدى حنث سواء القميص وغيره بخلاف لا ألبس قميصا لا يحنث اذا ائتزر به أو ارتدى فينعقد على اللبس المعتاد وكذا اذا حلف لا يلبس سراويل فائتزر به أو تعمم لا يحنث ولو قال هذا السراويل فائتزر به أو تعمم حنث ولو وضعه

وقوله (والمعتاد هو المراد) يعنى فصار كأنه قال من قطنى أو من قطن سأملكه (وذلك سبب) أى الغزل من قطن الزوج (سبب الملك الزوج لما غزلته) يعنى من ملك الزوج وقوله (ولهذا) ايضاح لقوله وذلك سبب لملكه يعنى انها اذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف كان ذلك سببا لان يملك الزوج غزلها مع أن القطن ليس بمذكور هنالك وما ذاك الا باعتبار أن غزل المرأة سبب لملك الزوج لما غزلته فى العرف والعرف لا يفرق بين أن يكون القطن مملوكا وقت الحلف أو لم يكن

(ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث) لانه ليس بحلى عرفا ولا شرعا حتى أبيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم (وان كان من ذهب حنث) لانه حلى ولهذا لا يحل استعماله للرجال (ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لم يحنث عند أبى حنيفة وقالا يحنث) لانه حلى حقيقة حتى سمى به فى القرآن وله أنه لا يتحلى به

على عاتقه يريد حمله لا يحنث ولو حلف لا يلبس القباء أو قباء ولم يعين فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه لا يحنث وفى هذا القباء يحنث لان فى المنكر يعتبر اللبس المعتاد وفى المعين الوصف لغو فلا يعتبر اللبس المعتاد بل مطلق اللبس وقال الصدر الشهيد واختار الامام الوالد الحنث فى المنكر أيضا لانه يلبس أيضا كذلك ولو وضع القباء على اللحاف ونام تحته قيل لا يحنث وقيل بل يحنث لانه لو جعل القباء فوق الدثار حالة النوم يحنث والمراد بالدثار ما يلبس فوق القميص وهو الشعار ومنه قوله صلى الله عليه وسلم الانصار شعار والناس دثار وفى ثوب فلان فوضع قباءه على كتفيه يحنث لا محالة لانه لابس لكن لبس الرداء بخلاف ما اذا ذكر لفظ القباء ولو حلف لا يلبس هذا الثوب فألقى عليه وهو نائم المختار لا يحنث لانه ملبس لا لابس فهو كما تقدم اذا حلف لا يدخل فحمل وأدخل فلو انتبه فألقاه كما انتبه لا يحنث وان تركه يحنث علم أنه الثوب المحلوف عليه أولا وكذا لو ألقى عليه وهو منتبه ولو حلف لا يلبس سراويل أو خفا فأدخل احدى رجليه لا يحنث ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة لا يحنث بالزيق والزر والعروة ولو لبس من غزلها وغزل غيرها حنث أما لو قال ثوبا من غزلها لا يحنث ولو كان فيه رقعة من غزل غيرها حنث وكذا ان كان فيه وصلة فى كمه أو دخريصة أو علم من غزل غيرها ولو حلف لا يلبس من غزلها فلبس ما خيط منه أو ما فيه سلكة منه لا يحنث ولو لبس تكة من غزلها يحنث عند أبى يوسف وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى * حلف لا يلبس ثوبا من نسج فلان فلبس ثوبا نسجه غلمانه وفلان هو المتقبل عليهم فان كان يعمل بيده لا يحنث والا حنث * لا يلبس حريرا أو ابريسما لا يحنث الا بثوب كله أو لحمته منه لا ماسداه أو علمه منه الا أن ينويه * لا يلبس هذا القطن ولا نية له انصرف الى الثوب المتخذ منه فلو حشا به ثوبا وهو المضرب لا يحنث وكذا لا يلبس من غزل فلانة ولا نية له هو على الثوب وان نوى عين الغزل لا يحنث بلبس الثوب لانه يلبس الثوب لا الغزل ولا يلبس عين الغزل * لا يلبس من ثياب فلان وفلان يبيع الثياب فاشترى منه ولبس يحنث * لا يلبس كتانا فلبس ثوبا فيه كتان وغيره حنث * لا يكسو فلانا فكساه قلنسوة أو خفين أو جوربين أو أرسل اليه ثوبا فلبسه حنث الا ان نوى كسوته بيده ولو أعطاه دراهم فاشترى بها ثوبا فلبسه لا يحنث (قوله ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث) عندنا وعند الائمة الثلاثة يحنث (لنا أنه ليس بحلى عرفا ولا شرعا) بدليل أنه أبيح للرجال مع منعهم من التحلى بالذهب والفضة وانما أبيح لهم لقصد التختم لا للزينة فلم يكن حليا كاملا فى حقهم وان كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم تقصد به فكان عدما خصوصا فى العرف الذى هو مبنى الأيمان قال المشايخ هذا اذا لم يكن مصوغا على هيئة خاتم النساء بان كان له فص فان كان حنث لانه لبس النساء وانما يراد به الزينة لا التختم فكمل معنى التحلى به وصار كلابسه سوارا أو خلخالا أو قلادة أو قرطا أو دملوجا حيث يحنث بذلك كله ولو من الفضة وقيل لا يحنث بخاتم الفضة مطلقا وان كان مما يلبسه النساء وليس ببعيد لان العرف فى خاتم الفضة ينفى كونه حليا وان كان زينة (ولو كان) الخاتم (من ذهب حنث) مطلقا بفص وبلا فص اتفاقا (قوله ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند أبى حنيفة وقالا يحنث) وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد أو زمرذ أو ياقوت وبقولهما قالت الائمة الثلاثة وجه قولهما أنه حلى حقيقة فانه يتزين به وسمى به فى القرآن قال تعالى وتستخرجوا منه حلية تلبسونها والمستخرج من البحر هو اللؤلؤ والمرجان (وله أنه لا يتحلى به) فى العادة وهو المراد

وقوله (ومن حلف لا يلبس حليا) بفتح الحاء وسكون اللام وهو ما يتحلى به النساء من ذهب أو فضة أو جوهر واستدل باباحة استعماله للرجال على أن الخاتم من فضة ليس بحلى لانه لو كان حليا لحرم على الرجال لان التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال ولما جاز التختم بالفضة لهم لقصد الختم أو لغيره لم يكن حليا أو كان ناقصا فى كونه حليا فكان مباحا (وان كان من ذهب حنث) يعنى كيفما كان سواء كان فيه فص أو لم يكن قيل الخواتيم ثلاثة الذهب مطلقا والفضة المفصوصة والحالف أن لا يلبس حليا يحنث بلبسهما والفضة الغير المفصوصة والحالف لا يحنث بلبسه وقوله (ولو لبس عقد لؤلؤ) ظاهر والعقد بالكسر هو القلادة والترصيع التركيب يقال تاج مرصع بالجواهر وقوله (حتى سمى به فى القرآن) أى بالحلى يريد به قوله تعالى وتستخرجوا منه حلية تلبسونها وقوله تعالى يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا جعل اللؤلؤ حليا بجعله تفسيرا لقوله تعالى يحلون

عرفا الامر صعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلى به على الانفراد معتاد (ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث) لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه (وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث) لان مثل الشئ لا يكون تبعا له فقطع النسبة عن الاول (ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث) لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا (وان حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنث) لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير فى العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه

بقوله (عرفا الامر صعا) بذهب أو فضة (ومبنى الأيمان على العرف) لا على استعمال القرآن فينصرف الى المرصع فلا يحنث بغيره قال بعض المشايخ قياس قوله أنه لا بأس أن يلبس الغلمان والرجال اللؤلؤ (وقيل هذا اختلاف عصر وزمان) فى زمانه كان لا يتحلى به الا مرصعا وفى عرفهما تحلوا بالساذج (ويفتى بقولهما) لان العرف القائم أنه يتحلى به ساذجا كما يتحلى به مرصعا (قوله ومن حلف لا ينام على فراش) أى فراش معين فانه قال فى غير هذا الكتاب على هذا الفراش وبدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث ولو كان نكرة بان حلف لا ينام على فراش حنث بوضع الفراش على الفراش لانه نام على فراش نكرة ثم اذا نام عليه (وفوقه قرام حنث) لان القرام تبع للفراش لانه ساتر رقيق يجعل فوقه كالتى تسمى فى عرفنا الملى أى الملاءة المجعولة فوق الطراحة واذا كان تبعا له لم يعتبر وصار كأنه نام على نفس الفراش بخلاف ما اذا جعل فوقه فراشا آخر فانه لا يحنث اذا نام على الأعلى لانه مثله والشئ لا يكون تبعا لمثله فتنقطع النسبة الى الاسفل وروى عن أبى يوسف رواية غير ظاهرة عنه أنه يحنث لانه يسمى نائما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصر أحدهما تبعا للآخر وحاصله أن كون الشئ ليس تبعا لمثله مسلم ولا يضرنا نفيه فى الفراشين بل كل أصل بنفسه ويتحقق الحنث بتعارف قولنا نام على فراشين وان كان لم يماسه الا الأعلى (قوله ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض) عرفا فاعتبر العرف كلا من الارض والبساط والحصير أصلا ولهذا يقال اجلس على البساط لا تجلس على الحصير وتارة اجلس على الحصير لا تجلس على الارض فجعل الجالس على أحدهما غير جالس على الارض بخلاف ما لو جلس على ذيوله حيث يعد جالسا على الارض ويقال جلس فلان على الارض فيحنث وسره أنه حيث كان اللباس تبعا له كان بمنزلة نفسه فلا يعتبر حائلا بل كأنه جلس بنفسه على الارض نعم لو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لا يحنث لارتفاع التبعية (ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير) أو فراش (حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير فى العادة كذلك) أى على ما يفرش عليه يقال جلس الامير على السرير ولا شك أن فوقه من أنواع الفرش (بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه) أى الآخر الاعلى (مثل الاول) الاسفل فلم يجعل تابعا له فى العرف وهذا بالاتفاق وفرق أبو يوسف على تلك الرواية عنه فى الفراش بالعرف فانه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على سريرين وان كان أحدهما فوق الآخر بل يقال جلس على سرير فوق سرير وهكذا الحكم فى هذا الدكان وهذا السطح اذا حلف لا يجلس على أحدهما فبسط عليه وجلس حنث ولو بنى دكانا فوق الدكان أو سطحا على السطح اذا حلف لا يجلس على أحدهما انقطعت النسبة عن الاسفل فلا يحنث بالجلوس على الاعلى ولذا كرهت الصلاة على سطح الكنيف والاسطبل ولو بنى على ذلك سطحا آخر فصلى عليه لا يكره قاله الشيخ أبو المعين فى شرح الجامع وفى كافى الحاكم حلف لا يمشى على الارض فمشى عليها بنعل أو خف حنث وان كان على بساط لم يحنث وان مشى على أحجار حنث لانها من الارض

وقوله (ومن حلف لا ينام على فراش) يريد على فراش بعينه بدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث فانه لو كان على حقيقته منكرا الحنث فى هذه الصورة أيضا لانه نام على فراش وقوله (لانه تبع له فلا يعتبر حائلا) يشير الى أنه لو نزع ثوبه وطرحه على الارض وجلس عليه لم يحنث لانه حينئذ لم يبق ثوبه تبعا له فصار بمنزلة البساط والحصير وقوله (ولو حلف لا يجلس على سرير) ظاهر مما تقدم

يريد بالغير الغسل والكسوة وقد تقدم ذكر وجه المناسبة فى الباب المتقدم (ومن قال لآخر ان ضربتك فعبدى حر فمات فضربه فهو على الحياة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن) وهو لا يتحقق فى الميت لانتفاء الايلام فيه ونوقض بقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد برأيوب عليه السلام فى يمينه بالضرب بهذا الذى ذكر ولم يوجد الايلام لما أن الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من ريحان أو حشيش فلم يكن لمجموعه ايلام فكيف لاجزائه وأجيب بأنه جاز أن يكون هذا حكما ثابتا بالنص فى حق أيوب عليه الصلاة والسلام خاصة اكراما له فى حق امرأته تخفيفا عليها لعدم جنايتها على خلاف القياس فلا يلحق به غيره هذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث ايلام على ماذكر من تفسير الضغث وروى عن ابن عباس أن الضغث عبارة عن القبضة من الشجر فجاز أن يصيبها ألم أجزائها فكان حكمه باقيا فى شريعتنا أيضا وتمام الكلام فيه فى الكشاف وذكر فى شرح الطحاوى ومن حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة ان وصل اليه كل سوط بحياله بر فى يمينه والايلام شرط فيه لان المقصود من الضرب الايلام وقوله (ومن يعذب فى القبر) جواب عما يقال قولكم الايلام لا يتحقق فى الميت يشكل بعذاب الميت فى القبر وقيد بقول العامة احترازا عن قول أبى الحسين الصالحى فان الميت عنده يعذب من غير حياة ولا يشترط الحياة لتعذيب الميت

﴿ باب اليمين فى الضرب والقتل وغيره ﴾

(ومن قال لآخر ان ضربتك فعبدى حر فمات فضربه فهو على الحياة) لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق فى الميت ومن يعذب فى القبر توضع فيه الحياة فى قول العامة

﴿ باب اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك ﴾

من الغسل والكسوة (قوله ومن قال ان ضربتك فعبدى حر فهو على الحياة) حتى اذا مات فضربه لا يحنث (لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن) أو استعمال آلة التأديب فى محل قابل للتأديب (والايلام) والادب (لا يتحقق فى الميت) لانه لا يحس ولذا كان الحق أن الميت المعذب فى قبره توضع فيه الحياة بقدر ما يحس بالالم والبنية ليست بشرط عند أهل السنة حتى لو كان متفرق الاجزاء بحيث لا تتميز الاجزاء بل هى مختلطة بالتراب فعذب جعلت الحياة فى تلك الاجزاء التى لا يأخذها البصر وان الله على ذلك لقدير والخلاف فيه ان كان بناء على انكار عذاب القبر أمكن والا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب مع عدم الاحساس وقد أورد على أخذ الايلام فى تعريف الضرب قوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد بر بضرب الضغث وهى حزمة من ريحان ونحوه ولا ايلام فيه وأجيب أولا بمنع عدم الالم فى ضرب أيوب عليه السلام بالكلية وقد روى عن ابن عباس أنه قبضة من الشجر وان سلم فخصوص بأيوب ودفع بانه تمسك به فى كتاب الحيل فى جواز الحيلة فلم يعتبره وفى الكشاف هذه الرخصة باقية والحق أن البر بضرب بضغث بلا ألم أصلا خصوصية رحمة لزوجة أيوب عليه السلام ولا ينافى ذلك بقاء شرعية الحيلة فى الجملة حتى قلنا اذا حلف ليضربنه مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه بها مرة لا يحنث لكن بشرط أن يصيب بدنه كل سوط منها وذلك اما أن يكون باطرافها قائمة أو باعراضها مبسوطة والايلام شرط فيه أما عدمه بالكلية فلا ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين مرة بر ولو ضربه بمائة سوط وخفف بحيث لم يتألم به لا يبر لانه ضرب صورة لا معنى ولا بد من معناه فلا يبر الا بان يتألم حتى ان من المشايخ من شرط فيما اذا جمع بين رؤس الاعواد وضرب بها أن يكون كل عود بحال لو ضرب منفردا به لأوجع المضروب وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال والفتوى على قول عامة المشايخ وهو أنه لا بد من الالم ﴿ فروع ﴾ قال لاضربنك حتى أقتلك هو الضرب الشديد ومثله حتى أتركك لا حى ولا ميت وحتى تستغيث فهو على وجود ذلك وكذا حتى تبول أو حتى (١) تبرك وعندى أيضا على الضرب الشديد لأضربنك بالسيف حتى تموت ولأضربن ولدك على الارض حتى ينشق

(قوله فقد برأيوب الخ) أقول ولك أن تقرر السؤال بان الضرب استعمل فى الآية المجيدة فيما لا ايلام فيه فعلم أن الضرب ليس اسما لما ذكرتم فحينئذ لا يكون الجواب مساسا بالسؤال بل الجواب أن يقال ليس مبنى الأيمان على ألفاظ القرآن بل على العرف كما سبق غير مرة (قوله وأجيب بأنه جاز الخ) أقول أنت خبير بأن الجواب عن المناقضة بالجواز خارج عن الآداب الا أن يجعل ماذكر معارضة فالتعبير عنه بالمناقضة تسامح

(١) تبرك هكذا فى الاصل ولعلها محرفة على تبرد بالدال بمعنى تموت كتبه مصححه

وقوله (وكذلك الكسوة) يعنى ان قال ان كسوتك فعبدى حر فكساه بعد الموت لا يحنث وقوله (لانه يراد به) أى بالكسوة على تاويل الاكساء (التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة فى الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا أن ينوى به) أى بالكسوة (الستر) فحينئذ يحنث لان فيه تشديدا عليه وقوله (وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس) دون التمليك وهو قول الفقيه أبى الليث ومعناه أنه يحنث لانه اذا حلف لا يلبس فلانا فألبسه وهو ميت حنث لان الالباس عبارة عن الستر والتغطية والميت محل لذلك وقوله (وكذا الكلام والدخول) يعنى اذا حلف لا يكلم فلانا أو حلف لا يدخل على فلان فكلمه أو دخل عليه بعدما مات لا يحنث فى يمينه (لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو) فان قيل قد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كلم أصحاب القليب حيث سماهم باسمائهم فقال هل وجدتم ماوعد ربكم حقا فقد وجدت ماوعدنى ربى حقا أجيب بان ذلك كان معجزة له صلى الله عليه وسلم وقوله (ويتحقق ذلك) يعنى التطهير (فى الميت) ألا ترى أن من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل لا تجوز وان كان مغسولا جازت

(قال المصنف وهو من الميت لا يتحقق) أقول قال فى الكافى لان الموت ينافى بقاء الملك فلأن ينافى ابتداءه أولى اهـ وفيه بحث فانهم صرحوا بأن الميت أهل لملك المال ولهذا لو نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته ملكه فليتأمل (قوله أجيب بأن ذلك كان معجزة له عليه السلام) أقول وأجاب العلامة فعل

وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة فى الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا أن ينوى به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس (وكذا الكلام والدخول) لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو (ولو قال ان غسلتك فعبدى حر فغسله بعد ما مات يحنث) لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك فى الميت

نصفين فهو على أن يضرب به الارض (١) ويركله فقط وخلاف هذا ليس بصحيح * حلف ليضربنه بالسيف حنث بضربه بغلافه وهو فيه وكذا بالسوط فلفه بخرقة وضربه به حنث * حلف ليضربنه بنصل هذا السكين أو بزج هذا الرمح فنزعه وركب غيره وضربه به لا يحنث ولو قال ان لقيتك فلم أضربك فعبدى حر فرآه على سطح أو من بعيد بحيث لا تصل اليه يده ولا يقدر على ضربه لا يحنث قال محمد اذا كان بينه وبين فلان قدر ميل أو أكثر فلم يلقه * حلف لا يضرب امرأته فضرب أمته يعنى فأصاب ضربه المرأة بغير قصد حنث * حلف لا أعذبه فحبسه لا يحنث لان الحبس تعذيب قاصر فلا يدخل تحت المطلق (قوله وكذا الكسوة) اذا حلف ليكسونه فألقى عليه ثوبا بعد موته يحنث وتقتصر الكسوة على الحياة لاعتبار التمليك فى مفهومها ولذا لو قال كسوتك هذا الثوب كان هبة وقد جعلها الله سبحانه احدى خصال الكفارة والمعتبر فيها فيما سوى الاطعام التمليك والميت ليس أهلا للتملك ليصح التمليك قال الفقيه أبو الليث لو كانت يمينه بالفارسية ينبغى أن يحنث لان هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس دون التمليك (قوله الا أن ينوى به الستر) استثناء من قوله فهو على الحياة الذى تضمنه التشبيه فى قوله وكذلك الكسوة فحينئذ يحنث لان السترة تحقق فى حق الميت كما فى الحى فتنعقد يمينه على حالتى الموت والحياة وذكر ضميره به وهو الكسوة على تأويل قوله كسوتك وقيل على تأويل الاكساء ولا وجود له فى اللغة (قوله وكذا الكلام) يعنى اذا حلف لا يكلمه اقتصر على الحياة فلو كلمه بعد موته لا يحنث لان المقصود منه الافهام والموت ينافيه لانه لا يسمع فلا يفهم وأورد أنه صلى الله عليه وسلم قال لاهل القليب قليب بدر هل وجدتم ماوعد ربكم حقا فقال عمر رضى الله عنه (٢) أتكلم الموتى يارسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى نفسى بيده ما أنتم بأسمع لما أقول من هؤلاء أو منهم وأجيب بأنه غير ثابت يعنى من جهة المعنى والا فهو فى الصحيح وذلك بسبب أن عائشة رضى الله عنها ردته بقوله تعالى وما أنت بمسمع من فى القبور انك لا تسمع الموتى وبأنه انما قاله على وجه الموعظة للاحياء لا لافهام الموتى كما روى عن على رضى الله عنه أنه قال السلام عليكم دار قوم مؤمنين أما نساؤكم فنكحت وأما أموالكم فقسمت وأما دوركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وبانه مخصوص بأولئك تضعيفا للحسرة عليهم لكن بقى أنه روى عنه صلى الله عليه وسلم إن الميت ليسمع خفق نعالهم اذا انصرفوا ولينظر فى كتاب الجنائز من هذا الشرح (قوله والدخول) يعنى اذا حلف لا يدخل على فلان تقيد بالحياة فلو دخل عليه ميتا لا يحنث لان المراد من الدخول عليه زيارته أو خدمته حتى لا يقال دخل على حائط ولا على دابة والزيارة للميت ليست حقيقة بل انما المزور قبره ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها ولم يقل عن زيارة الموتى (قوله ولو قال ان غسلتك فعبدى حر انعقد على الحياة والموت لان الغسل الاسالة) والمعنى المراد به التطهير أو ازالة الوسخ والكل يتحقق فى حالة الموت كالحياة وفى شرح الطحاوى الاصل أن كل

---

(١) ويركله هكذا فى بعض النسخ براء مهملة قبل الكاف أى يضرب به برجل واحدة وفى بعض النسخ يوكله بالواو وهو تحريف فليحذر

(٢) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها ما تكلم من أجساد لا أرواح لها وكلاهما صحيح والمدار على ثبوت الرواية كتبه مصححه

(ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم) يتصل بالبدن (وقد تحقق الايلام) من هذه الافعال (وقيل لا يحنث في حال الملاعبة) وان أوجعها وآلمها لانه يسمى في العرف ممازحة لا ضربا وهو منقول عن الامام فخر الاسلام وقوله (ومن قال ان لم اقتل فلانا) ظاهر وقوله (هو الصحيح) احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه ولو كان يعلم أن الكوز لا ماء فيه حلف وقال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق حنث بالاتفاق وروى عن أبي حنيفة في رواية أخرى انه لا يحنث علم أو لم يعلم وهو قول زفر وهو الصحيح لانه عقد اليمين على شرب الماء الموجود في الكوز والله تعالى أعلم وان أحدث في الكوز ماء فليس هو الماء الذي كان موجودا في الكوز وقت اليمين لان الماء الذي أضيف اليه الشرب لا يحتمل الوجود اذ الحادث غيره بخلاف مسئلة القتل اذا كان يعلم بموت فلان لانه عقد يمينه على فعل القتل في فلان فاذا أحياه الله تعالى فهو فلان لقوله تعالى فأماته الله مائة

(ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث) لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا (ومن قال ان لم أقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث) لانه عقد يمينه على حياة يحدثها الله فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي (فان لم يعلم به لا يحنث) لانه عقد يمينه على حياة كانت فيه ولا تتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

فعل يلذ و يؤلم و يغم و يسر يقع على الحياة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه اه ومثله التقبيل اذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث وتقبيله صلى الله عليه وسلم عثمان بن مظعون بعد ما أدرج في الكفن محمول على ضرب من الشفقة أو التعظيم وقيل ان عقد على تقبيل ملتح يحنث أو على امرأة لا يحنث وهو على الوجه ولو حلف لا يغسل فلانا أو لا يحمله أو لا يمسه أو لا يلبسه فهو على الحياة والموت (قوله ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث) وكذا لو وجأها أو قرصها وعن بعض المشايخ ينبغي أن لا يحنث بذلك لانه لا يتعارف ضربا وأجيب بما علل به في الكتاب وهو أن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل به وهذه الاشياء كذلك وفي المنتقى حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه فأصاب وجهه أو رماه بحجر أو نشابة فأصابه لا يحنث واستشكل عين الضرب بأنها ان تعلقت بصورة الضرب عرفا فهو ايقاع آلة التأديب في محل قابل له فيجب أن لا يحنث بالخنق ومد الشعر والعض لانه لا يتعارف ضربا أو بمعناه وهو الايلام فيجب أن يحنث بالرمي بالحجر أو بهما فيحنث بالضرب مع الايلام ممازحة لكنه لا يحنث وهو اشكال وارد وما أجيب به من أن شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لفظا أو عرفا ومثاله حلف لا يبيع كذا بعشرة فباعه بتسعة لا يحنث لانه وان وجد شرط الحنث عرفا لكن لم يوجد شرط الحنث لفظا لان مقصوده أن لا يبيع بعشرة أو بأقل بل بأكثر ولو باعه بأكثر لا يحنث أيضا لانه وان وجد شرط الحنث لفظا لانه لما باعه بأحد عشر فقد باعه بعشرة أيضا لكنه لم يوجد عرفا فلا يحنث غير دافع بقليل تأمل ثم قال فخر الاسلام وغيره هذا يعني الحنث اذا كان في الغضب أما اذا فعل في الممازحة فلا يحنث ولو أدماها لكن لا على قصد الادماء بل وقع الخطأ في الممازحة باليد وعن الفقيه أبي الليث أنه قال هذا اذا كانت بالعربية أما اذا كانت بالفارسية لا يحنث بمد الشعر والخنق والعض والحق أن هذا هو الذي يقتضيه النظر في العربية أيضا الا أنه خلاف المذهب (قوله ومن قال ان لم أقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت والحالف عالم بموته حنث) لانه لما علم بموته قبل حلفه والقتل ازالة الحياة بسبب عادي مخصوص لزم أنه عقد يمينه على ازالة حياة يحدثها الله تعالى فيه وذلك متصور فينعقد بالاتفاق ثم يحنث في الحال للعجز الحالي المستمر عادة (وان لم يعلم لا يحنث) لانه عقد يمينه لا محالة على ازالة الحياة القائمة فيه ولا يتصور ازالة القائمة ولا حياة قائمة (فكان قياس مسئلة الكوز على الاختلاف) السابق بين أبي يوسف وبينهما فعنده ينعقد ويحنث فعليه الكفارة وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا كفارة لانه لا حنث اذ لا انعقاد (قوله وليس في تلك المسئلة) أي مسئلة الكوز (تفصيل بين العلم وعدمه) بل الحكم أنه لا يحنث عندهما سواء علم أن فيه ماء وقت الحلف أو لم يعلم (قوله هو الصحيح) احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي حيث قال فيه ولو

النسفي في الكافي بأنه غير ثابت فانه لما بلغ هذا الحديث عائشة رضي الله عنها قالت كذبتم على رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى وما أنت بمسمع من في القبور ثم قال على انه كان مخصوصا به اه قال الزيلعي ويجوز أن يكون ذلك لوعظ الاحياء ونظيره ما روى عن علي كرم الله وجهه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أتى المقابر قال السلام عليكم دار قوم مؤمنين أما نساؤكم فقد نكحت وأموالكم فقد قسمت ودوركم قد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وكان يقول سل الارض من شق أنهارك وغرس أشجارك وجنى ثمارك فان لم تجبك حوارا أجابتك اعتبارا وكان ذلك على سبيل الوعظ للاحياء لا على سبيل الخطاب للموتى والجمادات اه وفيه بحث لانه يرده تتمة القصة لو صحت

عام ثم بعثه وكان ما عقد عليه اليمين متوهما والعادى منسوب الى العادة كالارادى منسوب الى الارادة فان تاء التأنيث تحذف فى النسبة

﴿ باب اليمين فى تقاضى الدراهم ﴾

لما كانت الدراهم من الوسائل دون المقاصد فى المعاملات وغيرها أخر اليمين التى تتعلق بها وخص الدراهم بالذكر لكونها أكثر استعمالا ولقب الباب بالتقاضى والمسائل المذكورة فيه بلفظ القضاء والقبض والعدد لان التقاضى سبب القضاء والقبض فلقب بما هو سبب لما هو المذكور فيه هذا ما قاله الشارحون وأقول جميع ماذكره فى الكتاب من المسائل مبناه على التقاضى على ما أصرح بذكره عند رأس كل مسئلة والاصل فى هذا الباب أن الديون تقضى بامثالها وان العيب لا يعدم الجنس وان مادون الشهر قريب وما فوقه بعيد قال (ومن حلف ليقضين دينه) تقاضى الرجل دينه وألح فحلف غريمه ليقضين دينه (الى قريب فهو مادون الشهر وان قال الى بعيد فهو أكثر من الشهر) لما ذكره فى الكتاب وجعل الشهر أيضا بعيدا لانه فى العرف يعد بعيدا وان زاد فى التقاضى (فحلف ليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا أو نبهرجة أو مستحقة بر فى يمينه) لما ذكره فى الكتاب والزيف مايرده بيت المال والنبهرج مايرده التجار وسيأتى فى كتاب البيوع ان

﴿ باب اليمين فى تقاضى الدراهم ﴾

(ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو على مادون الشهر وان قال الى بعيد فهو أكثر من الشهر) لان مادونه يعد قريبا والشهر ومازاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد مالقيتك منذ شهر (ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا أو نبهرجة أو مستحقة لم يحنث الحالف) لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا

كان يعلم أن الكوز لا ماء فيه فحلف فقال ان لم أشرب الماء الذى فى هذا الكوز فامرأته طالق فانه يحنث بالاتفاق وعن أبى حنيفة رواية أخرى لا يحنث علم أو لم يعلم وهو قول زفر ووجهه أنه لو كان يعلم أن لا ماء فى هذا الكوز فحلف ينبغى أن تنعقد يمينه عندهما على ما يحدثه الله تعالى فى الكوز وهو متصور ثم العجز الحالى المستمر يوجب حنثه بخلاف ما اذا لم يعلم أن فى الكوز ماء لان يمينه انعقدت على ماء فى الكوز ولو أوجد الله تعالى فيه ماء كان غير المحلوف عليه فلا يتصور شرب المحلوف عليه

﴿ باب اليمين فى تقاضى الدراهم ﴾

التقاضى المطالبة وهو سبب القضاء وهى مسائل الباب فترجم الباب بما هو سبب مسائله وخص الدراهم بالذكر لانها أكثر دورا فى المعاملات (قوله ومن حلف ليقضين دينه الى قريب) أو عاجلا (فهو مادون الشهر) فان أخره الى الشهر حنث (وان قال الى بعيد) أو آجلا (فهو على أكثر من شهر) وعلى الشهر أيضا ولكنه قصد الطباق بين قوله مادون الشهر ومافوقه فلا يحنث الا بالموت اذا مات لشهر فصاعدا من حين حلف سنة أو أكثر بلا غاية محدودة الى الموت فان مات لاقل منه لا حنث عليه على مقتضى ماذكروا وقال الشافعى وأحمد ليس فى عين القريب والبعيد تقدير لانه اضافى فكل مدة قريبة بالنسبة الى مابعدها وبعيدة بالنسبة الى مادونها ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار وبعيدة باعتبار آخر وانما يحكم بحنثه اذا مات قبل أن يقضيه وقلنا هنا وجهان من الاعتبار اعتبار الاضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت واعتبار العرف وعليه مبنى الأيمان والعرف يعد الشهر بعيدا فانه يقال مارأيتك منذ شهر عند استبعاد مدة الغيبة فعند الاطلاق وعدم النية يعتبر ذلك فاما اذا نوى بقوله الى قريب والى بعيد مدة معينة فهو على مانوى حتى لو نوى بقوله الى قريب أو عاجلا سنة أو أكثر صحت وكذا الى آخر الدنيا لانها قريبة بالنسبة الى الآخرة وتقدمت فروع فيما لو حلف ليقضينه ضحى أو عند الهلال ونحوها (قوله ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه فيه ثم وجد فلان بعضها) أى بعض الدراهم (زيوفا) وهى المغشوشة غشا قليلا بحيث يتجوز التجار بها وانما يرده بيت المال (أو نبهرجة) وغشها أكثر من الزيوف يرده من التجار المستقصى ويقبله السهل منهم (أو مستحقة لم يحنث) بذلك سواء رد بدلها فى ذلك اليوم أو لا (لان الزيف عيب) وكذا النبهرجة ولفظ الزيافة المذكور فى الكتاب غير عربى بل هو من استعمال الفقهاء (والعيب) فى الجنس (لا يعدم الجنس) أى جنس الدراهم (ولهذا) أى ولكون وصف الزيافة لا يعدم اسم الدراهم (لو تجوز بها) فى الصرف أى لو جعلت بدلا فى الصرف بالجياد أو جعلت رأس مال السلم صح مع

﴿ باب اليمين فى تقاضى الدراهم ﴾

(قوله وأقول جميع ماذكره فى الكتاب من المسائل مبناه على التقاضى) أقول فلا وجه لقصر سببية التقاضى على القضاء والقبض لكونه مبنى للعدد أيضا على ماذكره

وقوله (فوجد شرط بره) يعنى قضاء دينه فى اليوم (وقبض المستحقة صحيح) ألا ترى أنه لو اشترى بها شيأ فأخذها المستحق بقى البيع صحيحا ولو لم يصح قبض المستحقة لبطل البيع لكونه بلا ثمن (ولا يرتفع برده) أى برد ما قضى من الزيوف أو النبهرجة أو المستحقة (البر المتحقق) لان اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ والانتقاض كالكتابة فان مولى المكاتب اذا رد البدل لكونه زيفا أو نبهرجة أو استرد بالاستحقاق لا ينتقض العتق بخلاف قضاء الدين فانه ينتقض برد المقبوض لعيب أو استحقاق لان مبناه المقاصة وقد زالت قوله (وان وجدها رصاصا) ظاهر وقوله (لان قضاء الدين طريقه المقاصة) بيانه أن ما يقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التمليك ولرب الدين على المديون مثله أى مثل ما فى ذمته فيلتقيان قصاصا (وقد تحققت بمجرد البيع) لان ثمن العبد آخر الدينين فيكون قضاء عن الاول وانما كان طريق قضاء الدين المقاصة لان قضاء

الدين حقيقة لا يتصور لان القضاء

فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق (وان وجدها رصاصا أو ستوقة حنث) لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما فى الصرف والسلم (وان باعه بها عبدا وقبضه بر فى يمينه) لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكأنه شرط القبض ليتقرر به (وان وهبها له) يعنى الدين (لم يبر) لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين

أن الافتراق عن غير قبض مفسد لهما فعرف أن ما لم ينتف عنهما جنس الدراهم فيبر فى اليمين بهما سواء حلف على القبض أو الدفع (و) كذا قبض الدراهم (المستحقة صحيح) ولذا لو أجاز المالك قبضها جاز واذا بر فى دفع هذه المسميات الثلاثة فلو رد الزيوف أو النبهرجة أو استردت المستحقة لا يرتفع البر وان انتقض القبض فانما ينتقض فى حق حكم يقبل الانتقاض ومثله لو دفع المكاتب هذه الانواع وعتق فردها مولى المكاتب بسبب انها زيف أو نبهرجة أو مستحقة لا يرتفع العتق (ولو كانت رصاصا أو ستوقة حنث) اذا انقضى اليوم ولم يردّ بدلها دراهم والستوقة المغشوشة غشا زائدا وهو تعريب سى توقه أى ثلاث طبقات طبقتا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه (لانها ليست من جنس الدراهم حتى لا يجوز بها فى الصرف والسلم) ولا يعتق المكاتب بأدائها فلو ردها المولى ظهر عدم عتق العبد (قوله وان باعه) أى ان باع الحالف المديون رب الدين الذى حلف ليقضين اليوم دينه فى اليوم المحلوف على قضائه فيه (عبدا وقبضه) رب الدين (بر) المديون (فى يمينه) لان قضاء الدين لو وقع بالدراهم كان بطريق المقاصة وهو أن يثبت فى ذمة القابض وهو الدائن مضمونا عليه لانه قبضه لنفسه ليتملكه وللدائن مثله على المقبض فيلتقيان قصاصا فكذا هنا اذ لا فرق بين الدراهم وغيرها مما يقاصص به فيبر فى يمينه باعطاء العبد قصاصا وهو أن يثبت له فى ذمته ثمن العبد وله فى ذمته مثلها فيلتقيان قصاصا ثم البر وقضاء الدين يحصل بمجرد البيع قبض الدائن العبد أولا حتى لو هلك المبيع فى يد المديون الحالف قبل قبض المشترى المبيع انفسخ البيع وعاد الدين ولا ينتقض البر فى اليمين وانما نص عليه محمد تأكيدا البيع ليتقرر الدين على رب الدين لان الثمن وان وجب بالبيع لكنه على شرف السقوط لجواز أن يهلك المبيع قبل القبض ولو كان البيع فاسدا وقبضه فان كانت قيمته تفى بالدين بر والا حنث لانه مضمون بالقيمة هذا اذا حلف المديون وكذا اذا حلف رب الدين فقال ان لم أقبض مالى عليك اليوم أو ان لم أستوف قال محمد (فان وهبها له لم يبر) يعنى اذا وهب رب الدين الدراهم الدين فى اليوم قبل انقضائه فقبل لم يبر المديون لان شرط البر القضاء ولم يوجد (لعدم المقاصة) ولان القضاء فعل المديون والهبة فعل الدائن بالابراء فلا يكون

يصادف العين وحق صاحب الدين فى وصف فى الذمة ولهذا قالوا الديون تقضى بأمثالها وقوله (فكأنه شرط القبض) كأنه اشارة الى الجواب عما يقال لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد فى الجامع الصغير ويقبضه ووجهه أن اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذى للمشترى عليه لان ماله من الدين عليه متقرر وثمن العبد غير متقرر قبل القبض لانه على شرف السقوط بموته فاذا قبضه صار متقررا فيكون مثله فيتقاصان (وان وهبها له) أى ان وهب الدائن دينه للمديون (لم يبر) الحالف (لعدم المقاصة) لان المحلوف عليه فعله وهو القضاء (والهبة) ليست فعله لانها (اسقاط من صاحب الدين) وانما قال لم يبر لانه أعم من الحنث فكأنه أشار بذلك الى أنه لم يبر ولم يحنث عند أبى حنيفة ومحمد لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات المحلوف عليه عندهما جهة فى بطلان اليمين كما فى مسئلة الكوز على ما تقدم قال بعض الشارحين ولنا فيه نظر لانه حينئذ يلزم ارتفاع النقيضين وهو فاسد بمرة لان البر نقيض الحنث فمن وجود أحدهما يلزم ارتفاع الآخر ومن ارتفاع أحدهما يلزم وجود الآخر فلا يجوز أن يرتفعا جميعا وأقول ليسا بنقيضين على اصطلاح أهل المعقول وغير الحالف لا يتصف بأحدهما وشأن النقيضين ليس كذلك فاذا بطل اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف

(قال المصنف لان القضاء فعله) أقول فيه تأمل الا أن يكون بدلا عن قوله لعدم المقاصة (قوله قال بعض الشارحين ولنا فيه نظر) أقول أراد الاتقانى

(ومن حلف لا يقبض دينه درهـمادون درهـم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعـه) لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق ألا يرى أنه أضاف القبض الى دين معرف مضاف اليـه فينصرف الى كله فلا يحنث الابه (فان قبض دينـه فى وزنين لم يتشاغل بينهـما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق) لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحـدة عادة فيصير هـذا القدر مستثنى عنـه (ومن قال ان كان لى الا مائة درهـم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث) لان المقصود منه عرفا نفى مازاد على المائة

فعل هذا فعل الآخر قال فى الفوائد الظهيرية واذا لم يبر لم يحنث أيضا عندهما الفوات المحلوف عليه يعنى تعـذر المحلوف عليه وهو القضاء قبل انقضاء اليوم وتقدم فى مسئلة الكوز أن بقاء التصور شرط لبقاء اليمين فى اليمين المؤقتـة وهـذه كذلك اذ الكلام هنا فى يمين مؤقتة وان كان فى الجامع الصغير لم يذكر اليوم واعترض بعضهـم عليـه بأنه يستلزم ارتفاع النقيضين لان البر نقيض الحنث فلا يرتفعان وهذا غلط لان النقيضين اللذين يجب صدق أحدهما دائما هما فى الامور الحقيقية كوجود زيد وعدمه أما فى الامور الشرعية اذا تعلق قيام النقيضين بسبب شرعى فانما يثبت حكمهما مادام السبب قائما وما نحن فيـه منه فان قيام اليمين سبب لثبوت أحد الامرين لا محالة من الحنث أو البر شرعا فاذا فرض انتفاؤه انتفى الحنث والبر كما هو قبـل اليمين حيث لا بر ولا حنث فاذا فرض ارتفاعه كان الحال كما هو قبل وجوده وجميع ما أورده من الاستشهاد مثل قول صاحب الخلاصة لم يحنث فى مسئلة الكوز وقول الكرخى فى هـذه المسئلة لم يحنث لا فائدة فيـه لان عدم الحنث متفق عليه وانما يفيد لو قالوا بر ولم يحنث وكيف يتصور البر وهو بفـعل المحلوف عليه ولم يفعل * واعلم أن جواب هذه المسئلة أعنى مسئلة الهبة مقيد بكون الحلف على يوم بعينـه كما أشرنا الى ذلك أما المطلقة بأن حلف ليقضين دينه فأبرأه أو وهبه فلا شك أنه يحنث بالاتفاق لان التصور لا يشترط بقاؤه فى اليمين المطلقة بل فى الابتـداء وحين حلف كان الدين قائما فكان تصور البر ثابتا فانعقدت ثم حنث بعد مضى زمن يقدر فيه على القضاء باليأس من البر بالهبة (قوله ومن حلف لا يقبض دينه درهـمادون درهم فقبض بعضه لم يحنث) بمجرد قبض ذلك البعض بل يتوقف حنثه على قبض باقيـه فاذا قبضـه حنث (لان الشرط) أى شرط الحنث (قبض الكل بوصف التفرق لانه أضاف القبض) المتفرق (الى كل الدين) حيث قال لا أقبض دينى وهو اسم لكله فلا يحنث الا بتمامـه متفرقا غـير أنه لو كان التفرق فى مجلس واحـد لتعدد الوزن لا يحنث اذا كان لم يتشاغل بين الوزنتين الا بعمل الوزن لان المجلس جامع للمتفرقات فكان الوزنتان كوزنة واحدة بخلاف ما اذا تشاغل بعمـل آخر لانه به يختلف مجلس القبض على ما عرف ولانه قد يتعـذر قبضـه بوزنة واحدة لكثرته فجعل التفريق الكائن بهذا السبب مستثنى والمسئلة فى الجامع الكبير مؤقتة هكذا اذا كان لرجل على رجـل مائة درهـم فقال عبدى حر ان أخـذتها منك اليوم درهـمادون درهم فأخـذ منها خمسة ولم يأخـذ ما بقى حتى غابت الشمس لم يحنث لان شرط حنثه أخذ كل المائة على التفريق ولو قال ان أخذت منها اليوم منك درهما دون درهم فأخـذ خمسـة ولم يأخذ ما بقى حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث أخذ بعض المائة متفرقا لان كلمة من للتبعيض وقد وجد (قوله ومن قال ان كان لى الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين لم يحنث لان المقصود منـه عرفا نفى مازاد على المائة) فيصدق على الخمسين اذ يصـدق أن الخمسين ليس زائدا على المائة وأما بالنظر الى اللفظ فلا يصح الا على جعل المستثنى مسكوتا عن حكمه فان معـنى اللفظ ليس لى مال الا مائة فالمائة مخرجـة من نفى المـال فاذا قلنـا ان المستثنى مسكوت فتكون المـائة غير محكـوم عليها بأنها فى ملكه بل ولا متعرضا لها باثبات بوجـه من الوجوه وهـذا قول طائفـة من المشايخ وأما على جعله مثبتا بطريق الاشارة كما هو قول طائفة أخرى أو على

ان

من الناس فيجـوز ان لا يتصف بواحد منهـما *واذا تقاضى دينـه فقال أقضيها منجـما فحلف (لا يقبض دينه درهما دون درهـم فقبض بعضـه لم يحنث حتى يقبض الجميع) متفـرقا لان شرط الحنث أمر مركب مـن قبض الكل بوصـف التفرق لانه أضاف القبض الى دين معرف مضاف اليـه وهو اسم لكل ماله عليـه (فينصرف اليه) والمركب ينتـفى بانتفاء جزئه فاذا وجد أحدهما دون الآخر لم يحنث وههنا ان فات عدم التفرق لم يوجد قبض الجميع وقوله (فان قبض دينـه فى وزنين) ظاهـر *ومن تقاضى من غريمه مائتـين فقال لا أملك ذلك المقدار فلم يصدقه فقال (ان كان لى الا مائة درهم فامرأته طالق ولم يملك الا خمسـين درهما لم يحنث) لما ذكره فى الكتاب

(قوله لان شرط الحنث أمر مركب مـن قبض الكل بوصف التفرق) أقول فيه بحث الا أن يعتـبر الجزء الآخر وصـف التفرق فالاولى تبـديل الباء بالواو (قوله ان فات عدم التفرق الخ) أقول الذى هو احد الجزأين (قوله لم يوجد قبض الجميع) أقول الذى هو الجزء الآخر

ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها (وكذلك لو قال غير مائة أو سوى مائة) لان كل ذلك أداة الاستثناء ﴿مسائل متفرقة﴾ (واذا حلف لا يفعل كذا تركه أبدا) لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفى (وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه) لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر بأى فعل فعله وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته أو بفوت محل الفعل (واذا استحلف الوالى رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة)

أن الاستثناء من النفى اثبات وهو مختارنا وصرح به المصنف فقال الاستثناء من النفى اثبات في هذا الكتاب فيحنث لفظا لانه حلف على أن له مائة وأما قول المصنف (ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها) فظاهره أنه وجه مقابل لقوله لان المقصود منه عرفا الخ وهو أن يكون مدلولا له ومعلوم أن اخراجها ليس الا من النفى وحاصله اخراج جميع أجزاء المائة من عدم الملك فلو صح كان الحلف على نفى خمسين من ملكه فكان يحنث فليس المعول عليه الا الوجه العرف بخلاف مالو ادعى انه أعطى زيدا مائة مثلا فقال زيد لم يعطنى الا خمسين فقال ان كنت أعطيته الا مائة فانه يحنث بالاقل وكذا اذا اختلف في قدر الدين فقال لى عليه مائة وقال الآخر خمسون فقال ان كان لى عليه الا مائة فهذا النفى النقصان لانه قصد بيمينه الرد على المنكر وفى الجامع الصغير عبده حران كنت أملك الا خمسين فلك عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى ولو ملك زيادة على الخمسين ان كان من جنس مال الزكاة حنث والا لا ألا ترى أنه لو قال مالى صدقة ينصرف الى مال الزكاة أو حلف مالى مال لا يحنث الا بمال الزكوة وفى خزانة الاكمل لو قال امرأته طالق ان كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث والمسئلة تأتى ان شاء الله تعالى

﴿مسائل متفرقة﴾ أى هذه المسائل مسائل متفرقة فتكون الاشارة لامر حاضر في الذهن أو تأخر وضع الترجمة عن وضع المسائل فتكون الاشارة على ظاهرها والظاهر الاول لان المعتاد تقدم الترجمة فان من عادة المصنفين أن يذكروا ماشذ عن الابواب هذه الترجمة ونحوها (قوله واذا حلف لا يفعل كذا تركه أبدا لانه نفى الفعل فعم الامتناع) في جميع الاوقات المستقبلة (ضرورة عموم النفى) للفعل المتضمن للمصدر النكرة فلو وجد مرة لم يكن النفى في جميع الاوقات ثابتا (وان حلف ليفعلن كذا بر بالفعل مرة واحدة لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر بأى فعل فعله) سواء كان مكرها فيه أو ناسيا أصيلا أو وكيلا عن غيره واذا لم يفعل لا يحكم بوقوع الحنث حتى يقع اليأس عن الفعل (وذلك بموت الحالف) قبل الفعل فيجب عليه أن يوصى بالكفارة (أو بفوت محل الفعل) كما لو حلف ليضربن زيدا أو ليأكلن هذا الرغيف فمات زيد أو أكل الرغيف قبل أكله فحينئذ يحنث هذا اذا كانت اليمين مطلقة كما أريناك فلو كانت مقيدة مثل لآكلنه في هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضى الوقت عندهما على ماسلف في مسئلة الكوز خلافا لابى يوسف ولو مات الحالف قبل مضيه لاحنث عليه ولا كفارة ولو جن الحالف في يومه حنث عندنا خلافا لاحد (قوله واذا استحلف الوالى رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل المدينة) وهو بالدال والعين المهملتين كل مفسد وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد ومنه دعر العود يدعر بكسر العين في الماضى وفتحها في المضارع اذا فسد (فهو على حال ولايته خاصة) فلو عزل

(واذا حلف لا يفعل كذا تركه أبدا) اليمين على فعل الشئ أو تركه لا تخلو إما أن تكون موقتة بوقت كيوم وشهر أو مطلقة فان كان الثانى وهو المذكور في الكتاب فان كان على الترك تركه أبدا وان كان على الفعل بر بفعله مرة على أى وجه كان ناسيا أو عامدا مختارا أو مكرها أو بطريق التوكيل لان الفعل مشتمل على مصدره اشتمال الكل على الجزء وهو منكر لعدم الحاجة الى التعريف والنكرة في سياق النفى تعم فيوجب عموم الامتناع وفى الاثبات تخص فان فعله في صورة النفى مرة حنث وان فعله في صورة الاثبات مرة بر (وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموت الحالف أو بفوت محل الفعل) فان كان الاول ولم يذكره في الكتاب فانه لا يحنث فيه قبل مضى الوقت وان وقع اليأس بموته أو بفوت المحل لان الوقت مانع من الانحلال اذ لو انحل قبل مضى الوقت لم يكن للتوقيت فائدة (واذا استحلف الوالى رجلا ليعلمنه بكل داعر) أى مفسد خبيث من

 الدعارة وهى الخبث والفساد (دخل البلد كان الاعلام واجبا حال ولايته خاصة) وليس يلزم

(قال المصنف ولان استثناء المائة) أقول فيه بحث الا أن يكون المراد الاشارة الى ما اشتهر عن أهل السنة من أن الجزء لا يغاير الكل فليتأمل ﴿مسائل متفرقة﴾ (قوله كان الاعلام واجبا حال ولايته خاصة الخ) أقول ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا الى المقصود وهو المبادرة الى زجره ودفع شره فالداعى يوجب التقييد بالفور فور علمه به

لان المقصود منه دفع شره أو شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية (ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل برّ فى يمينه) خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل

لا يلزمه اخباره بعد ذلك وهو قول الشافعى ورواية عن أحمد وهذا التخصيص فى الزمان يثبت بدلالة الحال وهو العلم بأن المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شره أو شر غيره بزجره لانه اذا زجر داعرا انزجر داعر آخر كما قال تعالى ولكم فى القصاص حياة وهذا لا يتحقق الا فى حال ولايته لانها حال قدرته على ذلك (فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية) واذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد الى الولاية وعن أبى يوسف أنه يجب عليه إعلامه بعد العزل أيضا وهو قول الشافعى ورواية عن أحمد لانه مفيد لاحتمال أن يعاد فيزجره لتقدم معرفته بحاله وهذا بعيد وفى شرح الكنز أيضا ثم إن الحالف لو علم بالداعر ولم يعلمه به لم يحنث الا اذا مات هو أو المستحلف أو عزل لانه لا يحنث فى اليمين المطلقة الا باليأس الا اذا كانت مؤقتة فيحنث بمضى الوقت مع الامكان اه ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا الى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره فالداعى يوجب التقييد بالفور أى فور علمه به وعلى هذا لو حلف رب الدين غريمه أو الكفيل أن لا يخرج عن البلد الا باذنه يتقيد بحال قيام الدين والكفالة لان الاذن انما يصح ممن له ولاية المنع وكذا لا تخرج امرأته الا باذنه تقيد بقيام الزوجية واذا زال الدين والزوجية سقطت ثم لا تعود اليمين بعودهما بخلاف ما لو حلف لا تخرج امرأته من الدار فانه لا يتقيد به اذ لم يذكر الاذن فلا موجب لتقييده بزمان الولاية فى الاذن وكذا الحال فى حلفه على العبد مطلقا ومقيدا وعلى هذا لو قال لامرأته كل امرأة أتزوجها بغير اذنك طالق فطلق امرأته طلاقا بائنا أو ثلاثا ثم تزوج بغير اذنها طلقت لانه لم تتقيد يمينه ببقاء النكاح لانها انما تتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الاذن والمنع بعقد النكاح (قوله ومن حلف ليهبن عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر فى يمينه) الاصل أن اسم عقد المعاوضة كالبيع والاجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بازاء الايجاب والقبول معا وفى عقود التبرعات بازاء الايجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والعمرى والنحلى والاقرار والهدية وقال زفر هى كالبيع وفى البيع وما معه الاتفاق على أنه للمجموع فلذا وقع الاتفاق على أنه لو قال بعتك أمس هذا الثوب فلم تقبل فقال بل قبلت أو آجرتك هذه الدار فلم تقبل فقال بل قبلت القول قول المشترى والمستأجر لان اقراره بالبيع تضمن اقراره بالايجاب والقبول وقوله لم تقبل رجوع عنه وكذا على عدم الحنث اذا حلف لا يبيع فأوجب فقط وعلى الحنث اذا حلف ليبيعن اليوم فأوجب فيه فقط ووقع الخلاف فى ذلك لو كان بلفظ الهبة فعندنا يبر بالايجاب وعنده يحنث ثم استدل المصنف لزفر باعتباره بالبيع (لانه) أى عقد الهبة (تمليك مثله) حيث يتوقف تمام سببيته على القبول فلا يكون هو أى عقد الهبة بلا قبول كالايجاب فى البيع ثم لا يشترط القبض فى رواية عنه بل بمجرد ايجاب الهبة والقبول من الآخر يبر لتمام السبب وانما القبض شرط حكمه والسبب يتم دونه كالبيع بشرط الخيار وفى رواية أخرى عنه يشترط معه القبض فلا يبر حتى يقبض الآخر لان السبب بلا حكم غير معتبر قال المصنف (ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع) أى الهبة اسم للتبرع فاذا تبرع وجد المسمى فيحنث ولا يراد تمامه سببا للملك إلا على ما نقل عن بعضهم أن الملك يثبت به قبل القبول الا أن بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة بلا اختيار ونحوه من فسخ نكاح الزوجة المرقوقة لانه لا معوّل ولا عمل على هذا بل لا بد من القبول لتمام العقد فكان فى احتياجه الى القبول فى تمام العقد ووقوعه سببا للملك الآخر كالبيع والحاصل أنه انما يتم به ما هو من جهته وهو التمليك وبهذا القدر لا يدخل فى ملك الآخر وان كان بلا بدل حتى يظهر رضاه بذلك بلفظه المفيد له فهو كالبيع فى هذا القدر وحقيقة الخلاف انما هو فى تعيين

الاعلام حال دخوله وانما يلزمه أن لا يؤخر الاعلام الى ما بعد موت الوالى أو عزله على ظاهر الرواية (لان المقصود منه) أى من الاعلام (دفع شره) أى شر نفس الداعر (أو شر غيره بزجره) فان الوالى اذا زجره وأدبه لدعارته ينزجر غيره عن الدعارة لو كانت فى قصده أو نيته وهذا المقصود انما يفيد فائدته اذا كان الوالى قادرا على تنفيذه وذلك بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لا محالة (وكذلك بالعزل فى ظاهر الرواية) وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عما روى عن أبى يوسف أنه يجب الاعلام على الحالف بعد عزل المستحلف أيضا لانه مفيد فى الجملة وقوله (ومن حلف أن يهب) على ما ذكره فى الكتاب واضح واختلف أصحابنا فى ثبوت الملك قبل القبول فمنهم من قال بثبوته الا أنه بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة ومنهم من قال بعدمه لاحتمال أن يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق عليه فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة وكل عقد فيه بدل لانه تملك من الجانبين فكان تمامه بهما

(قوله فلا يمكن دفع الضرر) أقول أى ضرر المنة

ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به أما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين

مسميات شرعية لالفاظ هي لفظ البيع والهبة وأخواتهما ولا سبيل الى ذلك الا بالنقل أو الاستدلال فلما كان عند اطلاق لفظ باع فلان كذا أو بعت كذا يفهم منه وقوع الايجاب والقبول حكم بأن اسم البيع للمجموع ثم وقع النزاع في اسم الهبة فقال زفر هو كذلك واستدل الاصحاب بالنقل وهو ما في الصحيحين من قول ابن عباس ان الصعب بن جثامة أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش وهو بالابواء أو بودان فرده عليه فلما رأى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا أنا حرم فقد أطلق اسم الاهداء من أحد الجانبين فقط لفرض أنه رده عليه ووجهه أن قول ابن عباس أهدى إما حكاية قول الصعب بن جثامة أهديت لك هذا أو حكاية فعل وعلى كل تقدير يفيد أن اسم الهدية يتم بمجرد فعل الواهب قبل الآخر أولا واستدل أيضا بقولنا وهبت لفلان فلم يقبل وليس شئ منهما بلازم لان غاية ما فيه أنه يصح أن يطلق لفظ الهبة والهدية على مجرد الايجاب بقرينة كقوله فلم يقبل ونحن لا نشكر أنه يصح أن يقال عليه فقط كما يقال على المجموع وكونه ظهر في موضع أنه استعمل في مجرد الايجاب بقرينة لا يفيد الحكم بأنه هو معناه الحقيقي الذي يجب الحكم به عليه عند عدم القرينة ألا ترى أنه لو قال بعته هذا الثوب بألف فلم يقبل لم يكن مخطئا ويكون مستعملا لاسم الكل في الجزء فلو دل صحة قول القائل وهبت فلم يقبل على أن وضع لفظ الهبة لمجرد الايجاب دل صحة قوله بعته فلم يقبل على أن البيع لمجرد الايجاب والاثبات وأما الاستدلال بقول الصديق لعائشة رضي الله عنهما كنت نحلتك عشرين وسقا من مال العالية وإنك لم تكوني حزتيه فسماه نحلي قبل القبض فانما ينتهض على احدى روايتي زفر أنه مأخوذ فيه القبض أيضا ولسنا نصححها بل المعتبر المجموع من الايجاب والقبول والقبض شرط الحكم لا من تمام السبب ومسمى اللفظ وأما الوجه القائل ان المقصود من الهبة اظهار السماحة وهو يتم بالايجاب يعني فالظاهر أن الاسم بازاء ما يتم به المقصود من العقد فلا يخفى أنه غير لازم والا كانت أسماء الامور التي لها غايات أسماء لتلك الغايات وأيضا فقصد الاظهار للسماحة هو عين المراآة ولا ينبغي حمل فعل جميع العقلاء عليه بل اللازم كون المقصود منها وصول النفع للحبيب والفقير الاجنبي وهذا أليق أن يجعل مقصود العقلاء فيجب الحمل عليه وعلى اعتباره لا يتحقق الوصول الا بمجموع القبول والايجاب وأقربها أنه اسم للتبرع كما ذكر المصنف والاستدلال عليه بأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع وان كان تمام السبب يتوقف على شئ آخر فهو اسم لجزء السبب ان سلم هذا وعلى هذا الخلاف القرض وعن أبي يوسف أن قبول المستقرض لا بد منه فيه لان القرض في حكم المعاوضة فلو قال أقرضني فلان ألفا فلم أقبل لا يقبل قوله ونقل عن أبي حنيفة فيه روايتان والابراء يشبه البيع من حيث إنه يفيد الملك باللفظ دون قبض والهبة لانه تمليك بلا عوض ولهذا ذكر في الجامع أن في القرض والابراء قياسا واستحسانا وقال الحلواني فيهما كالهبة قيل والاشبه أن يلحق الابراء بالهبة لعدم العوض والقرض بالبيع للعوض * واعلم أن الابراء له شبهان شبه بالاسقاط لان الدين وصف في الذمة لا عين مال فباعتباره قلنا لا يتوقف على القبول وشبه بالتمليكات باعتبار أن مآله الى عين المال حتى جرت أحكام المال عليه في باب الزكاة ولهذا قلنا يرتد بالرد ولا يقبل التعليق ولا يعلم خلاف في أن الاستقراض كالهبة ﴿فروع﴾ حلف لا يوصي بوصية فوهب في مرض الموت لا يحنث وكذا لو اشترى أباه في مرضه فعتق عليه ولو حلف ليهبنه اليوم مائة درهم فوهبه مائة له على آخر وأمره بقبضها بر ولو مات الواهب قبل قبض الموهوب له لا يتمكن من قبضه لانها صارت ملكا للورثة وفي شرح الجامع الكبير للعتابي أن الاباحة والوصية والاقرار والاستخدام لا يشترط فيها القبول من الآخر ولو قال لعبدان وهبك فلان مني فأنت حر فوهبه منه ان كان العبد في يد الواهب لا يعتق سلمه اليه أولا وان كان وديعة في يد الموهوب له ان بدأ الواهب فقال

 قيل هذا تفسير الامام فخر الاسلام وقلده الصدر الشهيد والمصنف وفيه نظر لانه لم يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير أصلا وجوابه أن معنى قوله اسم لما لاساق له أن لساقه رائحة طيبة كالورقه اصطلح عليه الفقهاء وان لم يثبت في اللغة على أن نفيه في اللغة يتوقف على الاستقراء التام في أوضاع اللغة وهو متعذر وقيل في الضابط بين الورد والريحان ان ماينبت من بزره مما لاشجر له ولعينه رائحة طيبة مستلذة فهو ريحان وماينبت من الشجر ولورقه رائحة مستلذة فهو ورد (ومن حلف لايشتري بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حنث اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبنى عليه) أي على البيع وهذا في عرف أهل الكوفة

(ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا أو ياسمينا لا يحنث) لانه اسم لما لاساق له ولهما ساق (ولو حلف لايشتري بنفسجا ولانية له فهو على دهنه) اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبنى عليه

وهبته لا يعتق قبل أو لم يقبل وإن بدأ الموهوب له فقال هبه مني فقال وهبته منك عتق ولو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه له أجنبي فأجاز الحالف الهبة حنث كذا رواه ابن سماعة عن محمد ولا يهب عبده لفلان فوهبه له على عوض حنث حلف لا يستدين دينا فتزوج لا يحنث ولو حلف لا يشاركه ثم شاركه بمال ابنه الصغير فالشريك هو الابن لا الاب لانه لا ربح للاب في المال وتنعقد عين نفي الشركة على ماعليه عادات الناس من الشركة في التجارات دون الاعيان فلو اشتريا عبدا لم يحنث بخلاف مالو قال لا يكون بيني وبينه شركة في شيء حيث يحنث بخلاف مالو ورثا شيئا لا يحنث لانه لم يشاركه مختارا انما لزمه حكما أحب أو كره (قوله ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا أو ياسمينا لم يحنث) ويشم هو بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم في الماضي هذه هي اللغة الفصيحة المشهورة وأما شممت الطيب أشمه بفتح الميم في الماضي وضمها في المضارع فقد أنكرها بعض أهل اللغة وقال هو خطأ وصحح عدمه فقد نقلها الفراء وغيره وان كانت ليست بفصيحة ثم يمين الشم تنعقد على الشم المقصود فلو حلف لا يشم طيبا فوجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرائحة الى دماغه وفي المغرب الريحان كل ماطاب ريحه من النبات وعند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كالورقه وقيل في عرف أهل العراق اسم لما لاساق له من البقول مماله رائحة مستلذة وقيل اسم لما ليس له شجر ذكره في المبسوط لانه تعالى قال والنجم والشجر يسجدان ثم قال والحب ذو العصف والريحان ولان الريحان انما يطلق على ماينبت من بزره مما لا شجر له ولعينه رائحة مستلذة وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة انما الرائحة للزهر خاصة هذا والذي يجب أن يعول عليه في ديارنا إهدار ذلك كله لان الريحان متعارف لنوع وهو ريحان الحماحم وأما كون الريحان الترنجي منه فيمكن أن لا يكون لانهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجي وعندنا يطلقون اسم الريحان لا يفهم منه الا الحماحم فلا يحنث الا بعين ذلك النوع (قوله ولو حلف لا يشتري بنفسجا فهو على دهنه) دون ورقه فلا يحنث بورقه وذكر الكرخي أنه يحنث به أيضا بعموم المجاز وهذا مبني على العرف فكان في عرف أهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن ثم صار كل يسمى به في أيام الكرخي فقال به وأما في عرفنا فيجب أن لا ينعقد الا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن أصلا كما قال في الورد والحناء ان اليمين على شرائهما ينصرف الى الورق لانهما اسم للورق والعرف مقرر له بخلافه في البنفسج ﴿فروع متفرقة الاصناف﴾ اذا حلف على الدجاج نفيا أو اثباتا وكذا الحمل والابل والبعير والجزور والبقر والبقرة والبغل والبغلة والشاة والغنم والحمار والخيل يتناول الذكر والانثى والتاء للوحدة قال قائلهم

لما مررت بدير هند أرقني * صوت الدجاج وضرب بالنواقيس

والصوت انما هو للديك وفي الحديث في خمس من الابل شاة وعن أبي يوسف البقرة لا تتناول الثور وليس بذلك والثور والكبش والديك للذكر والبرذون للعجمي والبقر لا يتناول الجاموس للعرف * حلف لا يفعل كذا ولا كذا ففعل واحدا منهما حنث وان لم يذكر حرف النفي فقال لا أفعل كذا وكذا فكذلك يحنث * حلف لا يأكل مما يجيء به فلان فجاء بحمص فطبخ فأكل من مرقه وفيه طعم الحمص حنث ذكرها في فتاوى قاضيخان وعلى هذا يجب في مسئلة الحلف لا يأكل لحما فأكل من مرقه انه لا يحنث أن يقيد بما اذا لم يجد طعم اللحم * حلف لا يشرب حراما من هذا الجنس فقاء وشرب قيئه لا يحنث قال لعبده ان سقيت الحمار فأنت حر فذهب به فسقاه فلم يشرب عتق لانه سقاه لكنه لم يشرب

(قوله قيل هذا تفسير الامام الخ) أقول صاحب القيل هو الاتقاني (قوله وجوابه أن معنى قوله اسم لما لاساق له الخ) أقول يعني اسم لما لاساق له بلا رائحة بل يكون لساقه رائحة كالورقه وساق الورد ليس له رائحة كالورقه (قوله اصطلح عليه الفقهاء وان لم يثبت في اللغة) أقول المعتبر في الأيمان ماهو المتعارف بين الناس لا ما اصطلح عليه الفقهاء

وقيل في عرفنا يقع على الورق (وان حلف على الورد فاليمين على الورق) لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه

* حلف لايشرب عصيرا فعصر عنقودا في حلقه لايحنث ولو عصره في كفه فحساه حنث أما لو قال لايدخل حلق حنث فيهما وفي الفتاوى هذا في عرفهم أما في عرفنا فينبغي أن لايكون حانثا لان ماء العنب لايسمى عصيرا في أول مايعصر * حلف على امرأته لاتسكن هذه الدار وهي فيها وبابها مغلق وللدار حائط فهي معذورة حتى يفتح الباب وليس لها أن تتسور الحائط قال الفقيه وبه نأخذ قال الصدر الشهيد فرق بين هذا وبين مالو قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج فانه يحنث * ولو قال لامرأته وهي في بيت والدها ان لم تحضري الليلة فمنعها الوالد من الحضور منعا حسيا حنث قال الصدر الشهيد هذا في فتاوى الفضلي وذكر بعد هذا أنه لايحنث قال والاصح أنه يحنث ولابد من الفرق بين الفعل وعدم الفعل وذلك لان الشرع قد يجعل الموجود معدوما بالعذر كالاكراه وغيره ولايجعل المعدوم موجودا وان وجد العذر اه يعني وقد أكرهت على السكنى وهو فعل والمكره على الفعل لايضاف الفعل اليه فلا يحنث وقد صرح بجواب الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل فيمن قال ان لم أخرج من هذه الدار اليوم فقيد الحالف ومنع أياما أنه يحنث وهو الصحيح وفي الخلاصة لو قال لامرأته ان سكنت هذه الدار فأنت طالق وكان ليلا فهي معذورة حتى تصبح ولو قال الرجل لم يكن معذورا هو الصحيح الا الخوف لص وغيره وهذا ماسلف الوعد به * كل عبد لي حر وله عبد بينه وبين غيره لايعتق لانصرافه الى التام ومثله لآ كل مما اشتراه فلان فاشتراه مع آخر فصار مشتركا لايحنث لو أكل منه ويعتق عبده المأذون وان كان عليه دين ولايعتق عبد عبده المأذون عند أبي حنيفة اذا كان عبده مستغرقا كسبه ورقبته بالدين وان نوى المولى عتقهم وان لم يكن عليه دين ان نواه عتق والافلا وعند أبي يوسف ان نواه عتق والافلا كان عليه دين أولا وقال محمد عتقوا جميعا في الاحوال كلها * قال لغيره والله لتفعلن كذا ولم ينو شيأ فهو حالف فان لم يفعل المخاطب حنث وان أراد به الاستحلاف فهو استحلاف ولاشئ على واحد منهما اذا لم يفعل * ولو قال لغيره أقسمت أو أقسمت بالله عليك لتفعلن كذا أو قال أشهد بالله أو أشهد عليك أو لم يقل عليك فالحالف هو المبتدئ الا أن يكون أراد الاستفهام فلا يمين عليه أيضا ولو قال عليك عهد الله ان فعلت فقال نعم فالحالف المجيب ولايمين على المبتدى وان نواه * اشترى منا من اللحم فقالت امرأته هو أقل من من وحلفت عليه فقال ان لم يكن منا فأنت طالق فانه يطبخ قبل أن يوزن فلا يحنث هو ولا المرأة * حلف لايأكل من خبز ختنه فسافر الختن وخلف لامرأته دقيقا نفقة فأكل منه حنث لانه باق على ملكه قال القاضي الامام هذا اذا لم يفرز قدرا لكن قال لها كلي من دقيق بقدر مايكفيك أما اذا أفرز قدرا من الدقيق وأعطاها اياه صار ملكا لها فلا يحنث قال في الخلاصة وفي الفتاوى حلف لايأكل من مال فلان فتناهدا فأكل الحالف لايحنث لان كلا منهما آكل من مال نفسه في العرف وفيه نظر قال قلت للقاضي الامام لو كان أحد الشركاء صبيا لايجوز هذا ولو كان كل واحد آكلا من مال نفسه ينبغي أن يجوز قال نعم استصوبني ولكن لم يصرح بالخلاف اه وأقول الفرق أن عدم الحنث لأكل كل من المتناهدين مال نفسه عرفا لاحقيقة وعلى العرف تبتني الأيمان فلم يحنث وعدم جواز التناهد مع الصبي لانه غير آكل مال نفسه حقيقة بل بعض مال الصبي أيضا وفي الخلاصة حلف لايأكل من خبز فلان فأكل خبزا بينه وبين فلان يحنث وقال في مجموع النوازل لايحنث لانه أكل حصته ولو حلف لايأكل من مال فلان فمات فلان وهو وارثه فأكل ان لم يكن له وارث سواه أو كان فأكل بعد القسمة لايحنث والا حنث ولو حلف لايأكل رغيفا لفلان فأكل رغيفا بينه وبين غيره يحنث في مجموع النوازل وكذا دار بين أختين قال زوج

(وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه) أي الورد (حقيقة فيه) أي في الورق (والعرف مقرر له) أي لوقوع اليمين على الحقيقة يعني أن اسم الورد على الورق حقيقة وفي العرف أيضا يفهم منه ذلك فكان العرف مقررا للوقوع على الحقيقة (وفي البنفسج قاض عليه) أي غالب راجح يعني أن اسم البنفسج يقع على عين البنفسج حقيقة كما هو مذهب الشافعي لاعلى دهنه ولكن العرف غير تلك الحقيقة من عينه الى دهنه فكان العرف غالبا وراجحا في اسم البنفسج على حقيقته

احداهما ان دخلت الا فى نصيبك فأنت طالق وهى غير مقسومة فدخلت لا يحنث لانها ما دخلت فى غير نصيبها ولو حلف لا يدخل دارا لفلان فدخل دارا بينه وبين غيره لا يحنث ولو حلف لا يزرع أرض فلان فزرع أرضا بينه وبين غيره يحنث لان نصف الارض يسمى أرضا ونصف الدار لا يسمى دارا ولو حلف لا يأكل من مال فلان فأكل من حب بينه وبينه حنث ولو اشترى بدراهم مشتركة بينهما لم يحنث ولو حلف لا يأكل من طبيخ فلان فأكل مما طبخه مع غيره حنث ولو حلف لا يأكل من قدر فلان فأكل من قدر طبخها فلان لم يحنث وفى الاصل لو حلف لا يأكل من طعام اشتراه فلان فأكل من طعام اشتراه مع غيره حنث الا اذا نوى شراءه وحده بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه فلان أو يملكه فلبس ثوبا اشتراه فلان مع غيره لم يحنث لان الثوب اسم للكل فلا يقع على البعض ومثله لا يدخل دارا اشتراها فلان فدخل دارا اشتراها فلان مع غيره لا يحنث وفى مجموع النوازل امرأة وهبت طيرا فقال لها زوجها اكر از تر دايكى تو بخورم فأنت طالق فوهبت من آخر فأكل الحالف يحنث قال صاحب الخلاصة وعلى قياس ما يأتى ينبغى أن لا يحنث صورتها فى الفتاوى حلف لا يأكل من ثمن غزل فلانة فباعت غزلها ووهبت الثمن لابنها ثم وهب الابن للحالف فاشترى به شيأ فأكله لا يحنث قال وهذا أصح من الاول وفى الجامع الصغير لو قال ان أكلت اليوم الا رغيفا أو ان تغديت الا رغيفا فعبدى حر فأكل رغيفا ثم أكل بعده تمرا أو فاكهة حنث وفى فتاوى قاضيخان حلف لا يأكل اليوم الا رغيفا فأكل رغيفا مع الخل أو الزيت أو اللبن لا يكون حانثا لان الاستثناء يقتضى المجانسة فى المعنى المطلوب وهذه الاشياء لا تجانس الرغيف فى المعنى المطلوب وهو الاكل وهذا خلاف الاول ولو قال ان أكلت اليوم أكثر من رغيف فهو على الخبز خاصة وفى الفتاوى حلف لا يأكل هذه الخابية التى فيها الزيت فأكل بعضها حنث ولو كان مكان الاكل بيع فباع النصف لا يحنث ولو حلف لا يأكل هذه البيضة لا يحنث حتى يأكل كلها وكذا فى البيضتين ولو حلف لا يأكل هذا الشئ كالرغيف مثلا فأكل بعضه قال أبو بكر الاسكاف ان كان شيأ يمكنه أن يأكله كله فى مرة لا يحنث بأكل بعضه وقال بعضهم اذا أكل بعض ما لا يمكن أن يأكل كله فى مجلسه يحنث فى يمينه وهو الصحيح وقال محمد كل شئ يأكله الرجل فى مجلس واحد أو يشربه فى شربة واحدة فالحلف على جميعه لا يحنث بأكل بعضه لكن فى الفتاوى للقاضى حلف لا يأكل هذا الرغيف فأكل وبقى منه شئ يسير يحنث فان نوى كله صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى وهل يصدق فى القضاء فيه روايتان اه وكأن المراد أن يترك شيأ قليلا جدا بحيث لا يقال الآن فلانا أكل جميع الرغيف لقلة المتروك والا فقد سمعت ما ذكره محمد ونص فى غير موضع انه اذا حلف لا يأكل هذا الرغيف لا يحنث بأكل البعض وتقدم من النصوص لو قال هذا الرغيف على حرام حنث بأكل لقمة منه قال فى فتاوى قاضيخان قال مشايخنا الصحيح أنه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف على حرام بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث بأكل البعض قال ابراهيم سمعت أبا يوسف يقول فيمن قال كلما أكلت اللحم أو كلما شربت الماء فلله على أن أتصدق بدرهم فأكل فعليه فى كل لقمة من اللحم وفى كل نفس من الماء درهم * حلف لا يكلم فلانا وفلانا لا يحنث حتى يكلمهما الا أن ينوى الحنث بأحدهما فيحنث بواحد منهما أما لو قال لا أكلمهما أو قال بالفارسية اين دوكس سخون نكويم ونوى واحدا لا تصح نيته ذكره فى المحيط قال وينبغى أن تصح لان المثنى يذكر ويراد به الواحد فاذا نوى ذلك وفيه تغليظ على نفسه يصح اه فهو مقيد بما اذا كان فيه تغليظ على نفسه ولو قال فلانا أو فلانا حنث باحدهما وكذا لو قال فلانا ولا فلانا وفى مجموع النوازل لا أكلم فلانا يوما ويومين وثلاثة فهو على ستة أيام ولو قال لا أكلمه لا يوما ولا يومين ولا ثلاثة فعلى ثلاثة أيام * حلف لا يشرب من دار فلان فأكل منها شيأ قال محمد بن سلمة يحنث لان المقصود من هذا اليمين الامتناع

عن جميع المأكولات وقال غيره لا يحنث في يمينه الا أن ينوي جميع المأكولات والمشروبات أما لو قال بالفارسية فلا شك في تناول المأكول والمشروب * حلف لا يغتسل من امرأته من جنابة فجامعها ثم جامع أخرى أو على العكس يحنث وان لم يغتسل لان اليمين انعقدت على الجماع كناية ولو نوى حقيقة الغسل حنث أيضا اذا اغتسل لانه اغتسل عنها وعن غيرها فيحنث كما لو حلف لا يتوضأ من الرعاف فتوضأ من الرعاف وغيره حنث ولو حلف لا يحل تكته على امرأته ان أراد أنه يجامع صح وهو مول وان لم يرد ان فتح سراويله البول ثم جامعها لا يحنث لان فتح سراويله عليها أن يفتح لاجل جماعها وان فتحه لجماعها ولم يجامع قالوا ينبغي أن يكون حانثا لوجود شرط الحنث ولو حلف لا يحل تكته في الغربة فجامع من غير حل التكة ان نوى عين حلها لا يحنث وصدق قضاء وان لم ينو يحنث ونحو هذا قوله ان اغتسلت من الحرام فعانق أجنبية فانزل قالوا يرجى أن لا يكون حانثا ويكون يمينه على الجماع وعلى هذا الاصل لو حلفت لا تغسل رأسها من جنابة زوجها فجامعها مكرهة قال الصفار أرجو أن لا تحنث قال الفقيه أبو الليث لان قولها كناية عن الجماع فاذا كانت مكرهة عليه لا تحنث ولو قال لها عند ارادته الجماع ان لم تمكنيني أو لم تدخلي معي في البيت فلم تفعل أو فعلت بعد ساعة ان كان بعد سكون شهوته حنث والا لا وفي الجامع الكبير حلف لا يجامع امرأته فجامعها فيما دون الفرج لا يحنث فان قال عنيت فيما دون الفرج يحنث بهما ولو قال لامرأته ان فعلت حراما في هذه السنة فأنت طالق ثلاثا فهذا على الجماع فان علمته بان فعله بعاينتها بتداخل الفرجين وتعرف أنها ليست مملوكة له ولا زوجة أو شهد عندها أربعة على ذلك لانه شهادة على الزنا والزنا لا يثبت الا بذلك ولو أقر لها كفى مرة لا يسعها المقام معه فان جحد عند الحاكم أنه فعل وليس لامرأته بينة حلفته عند الحاكم فان حلف وسعها المقام معه قلت فهذه المسئلة تقيد مسئلتنا اذا علمت أنه طلقها ثلاثا يقينا ثم أنكر فانها لا تمكنه أبدا واذا لم تستطع منعه عنها لها أن تسمه ولو قال لها بالفارسية اكر تو با كسى حرام كنه فأنت طالق فأبانها فجامعها في العدة طلقت عندهما لانهما يعتبران عموم اللفظ وأبو يوسف يعتبر الغرض فعلى قياس قوله لا يحنث فلا تطلق وعليه الفتوى ذكره في الخلاصة وغيرها ولو قال لآخر ان فعلت فلم أفعل قال أبو حنيفة ان لم يفعل على فور فعله حنث * حلف لا يعرفه وهو يعلم شخصه ونسبه ولا يعرف اسمه ففي البالغ لا يحنث لان معرفة البالغ كذلك ويحنث في الصغير وعليه فرع ما لو ولد لرجل ولد فأخرجه الى جاره ولم يسمه بعد فرآه الجار ثم حلف أنه لا يعرف هذا الصبي يحنث ولو تزوج امرأة ودخل بها ولا يدري اسمها فحلف أنه لا يعرفها لا يحنث وكذا لو حلف أنه لا يعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجهه دون اسمه لا يحنث الا أن يعني به معرفة وجهه فيحنث لانه شدد على نفسه ولو حلف لا يفعل ما دام فلان في هذه البلدة فخرج ففعل ثم رجع فلان ففعله ثانيا لا يحنث * حلف لا أترك فلانا يفعل كذا كلا بعزأ ولا يذهب من هنا أو لا يدخل بيره بقوله له لا تفعل لا تخرج لا تعز أطاعه أو عصاه والله تعالى الموفق للصواب

﴿كتاب الحدود﴾

لما اشتملت الأيمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة أولاها الحدود التي هي عقوبات محضة اندفاعا الى بيان الاحكام بتدريج ولولا ما يعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان ايلاء الحدود الصوم أوجه لاشتماله على بيان كفارة الافطار المغلب فيها جهة العقوبة حتى تداخلت على ما عرف بخلاف كفارة الأيمان المغلب فيها جهة العبادة لكن كان يكون الترتيب حينئذ الصلاة ثم الأيمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات التي

لما فرغ من ذكر الايمان وكفاراتها الدائرة بين العبادة والعقوبة أورد عقيبها العقوبات المحضة ومحاسن الحدود كثيرة لما أنها ترفع الفساد الواقع فى العالم وتحفظ النفوس والاعراض والاموال سالمة عن الابتذال وأما سببها فسبب كل منها ما أضيف اليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما وأما تفسيره لغة وشريعة والمقصد الاصلى من شرعه وهو الحكم فقد ذكره فى الكتاب وقوله (الانزجار عما يتضرر به العباد) يريد به افساد الفرش واضاعة الانساب واتلاف الاعراض والاموال وكلامه يشير الى أن الحدود تشتمل على مقصد أصلى يتحقق بالنسبة الى الناس كافة وهو الانزجار عما يتضرر به العباد وغير أصلى وهو الطهارة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة الى من يجوز زوال الذنوب عنه لا بالنسبة الى الناس كافة ولهذا شرع فى حق الكافر الذمى ولا يطهر عن ذنبه باجراء الحد عليه

﴿ كتاب الحدود ﴾

قال الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفى الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلى من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست أصلية فيه بدليل شرعه فى حق الكافر

هى جنس واحد بالاجنبى ما يعد بين الاخوات المتحدة فى الجنس القريب ويوجب استعمال الشارع لها كذلك لكنه قال بنى الاسلام على خمس شهادة أن لا اله الا الله الحديث ثم محاسن الحدود أظهر من أن تذكر ببيان وتكتب ببنان لان الفقيه وغيره يستوى فى معرفة أنها للامتناع عن الافعال الموجبة للفساد ففى الزنا ضياع الذرية واما تهامعنى بسبب اشتباه النسب ولا يلزم عوث الولد مع ما فيه من تهمة الناس البراء وغيره ولذا ندب عموم الناس الى حضور حده ورجمه وفى باقى الحدود زوال العقل وافساد الاعراض وأخذ أموال الناس وقبح هذه الامور مركوز فى العقول ولذا لم تبح الاموال والاعراض والزنا والسكر فى ملة من الملل وان أبيح الشرب وحين كان فساد هذه الامور عاما كانت الحدود التى هى مانعة منها حقوق الله على الخلوص فان حقوقه تعالى على الخلوص أبدا تفيد مصالح عامة ولذا قال المصنف والمقصود من شرعيته الانزجار عما يتضرر به العباد والعبارة المشهورة فى بيان حكمة شرعيتها الزجر الا أنه لما كان الزجر يراد للانزجار عدل المصنف الى قوله الانزجار الا أن قوله والطهارة ليست بأصلية الى آخره أى الطهرة من ذنب بسبب الحد يفيد أنه مقصود أيضا من شرعيتها لكنه ليس مقصودا أصليا بل هو تبع لما هو الاصل من الانزجار وهو خلاف المذهب فان المذهب ان الحد لا يعمل فى سقوط اثم قبل سببه أصلا بل لم يشرع الا لتلك الحكمة (١) وأما ذلك فقول طائفة كثيرة من أهل العلم واستدلوا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم فيما فى البخارى وغيره ان من أصاب من هذه المعاصى شيأ فعوقب به فى الدنيا فهو كفارة له ومن أصاب منها شيأ فستره الله فهو الى الله ان شاء عفا عنه وان شاء عاقبه واستدل الاصحاب بقوله تعالى فى قطاع الطريق ذلك أى التقتيل والصلب والنفى بان لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا فأخبر أن جزاء فعلهم عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية الا من تاب فانها حينئذ تسقط عنه العقوبة الاخروية وبالاجماع للاجماع على ان التوبة لا تسقط الحد فى الدنيا ويجب أن يحمل الحديث على ما اذا تاب فى العقوبة لانه هو الظاهر لان الظاهر أن ضربه أو رجمه يكون معه توبة منه لذوقه مسبب فعله فيقيد به جمعا بين الادلة وتقييد الظنى عند معارضة القطعى له متعين بخلاف العكس وانما أراد المصنف أنه لم يشرع للطهرة فأداه بعبارة غير جيدة ولذا استدل عليه بشرعيته فى حق الكافر ولا طهرة فى حقه من الذنب بالحد يعنى أن عقوبة الذنب لم ترتفع بمجرد الحد بل بالتوبة معه ان وجد ولم تحقق فى حقه لان التوبة عبادة وهو ليس من أهلها وأما من يقول ان الحد بمجرده يسقط اثم ذلك السبب الخاص الذى حد به فان قال ان الحد لا يسقط عن الكافر يحتاج الى دليل سمعى فى ذلك اذ السمع انما أوجب لزوم عقوبة الكفر فى حقه لا بتضاعف عذاب الكفر عليه فاذا فرض أن الله سبحانه جعل الحد مسقط العقوبة معصية صار الفاعل لها اذا حد بمنزلة ما اذا لم يفعلها فلا يضم الى عذاب الكفر عذاب تلك المعصية اذا حد بها الكافر الا أن يدل دليل سمعى على ذلك وأما الاستدلال على عدم كون الحد مسقطا بأنه يقام عليه وهو كاره له فليس بشئ لجواز التكفير بما يصيب الانسان من المكاره والله أعلم ثم تحقيق العبارة ما قال بعض المشايخ انها موانع قبل الفعل زواجر بعده أى العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وايقاعها بعده يمنع من العود اليه (قوله الحد لغة المنع) وعليه قول نابغة ذبيان الا سليمان اذ قال الاله له * قم فى البرية فاحددها عن الفند

وهو الخطأ فى القول والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه كذا ذكره الاعلم فى شرح ديوانه وكل مانع شئ فهو حاد له وحدادا اذا صيغ للمبالغة ومنه قيل للبواب لمنعه من الدخول والسجان حدادا لمنعه

﴿كتاب الحدود﴾

(قوله وأما سببها فسبب كل منها ما أضيف اليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما) أقول فى العبارة نوع ركاكة

(١) قول الكمال وأما ذلك أى كون الطهرة مقصودة من الحد قصدا تبعيا للزجر كذا بهامش اهـ

من

قال (الزنا يثبت بالبينة والاقرار) الزنا يمد و يقصر فالقصر لغة أهل الحجاز والمد لاهل نجد قال الفرزدق

أبا حاضر من يزن يعـــرف زناؤه * ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا

يخاطب رجـلا يكنى أبا حاضر والخرطوم الخمر والمسكر بفتح الكاف المخمور وتفسيره في الشرع قضاء المكلف شهوته في قبل امرأة خالية عن الملكين وشبهتهما لا شبهة الاشتباه وتمكين المرأة من ذلك واختير لفظ القضاء اشارة الى أن مجـرد الايلاج زنا ولهذا يثبت به الغسـل والمكلف ليخرج الصبي والمجنون والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين و بشبهة ملك النكاح ما اذا وطئ امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير اذن مولاها وما أشبهه و بشبهة ملك اليمـين ما اذا وطئ جارية ابنه أو مكاتبـــه أو عبده المأذون المديون و بشبهة الاشتباه ما اذا وطئ الابن جارية أبيــه على ظن أنها تحل له والزنا يثبت بالبينة والاقرار قال المصنف (والمراد ثبوته عند الامام) وانما قال كذلك لان الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعلهما و يتحقق في الخارج وان لم يكن هناك لا بينــة ولا اقرار وانما انحصر في ذلك لانه لا يظهر ثبوته بعلم القاضي لانه ليس بحجة في هـذا الباب وكـذلك في سائر الحدود الخالصة لقوله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئــك عنـــد الله هـــم الكاذبون وقوله (معرة ومضرة) المضرة ضرر ظاهر على البدن والمعرة ضرر يتصل ببدنه و يسري الى باطنه من لحوق العار بانتسابه الى الزنا

قال (الزنا يثبت بالبينـة والاقرار) والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العـلم القطعي متعذر فيكتفي بالظاهر

من الخروج بلا شــك وان كان البيت الذي استشهد به لا يفيـــد وهو قوله

يقول لي الحـــــداد وهو يقودني * الى السجن لا تجزع فما بك مـــن باس

فانه لا يلزم كون القائل الذي كان يقوده هو السجان لجواز أن يكون غـيره ممن يوصله اليه فانه حـداد له اذ يمنعه من الذهاب الى حال سبيله وللخمار حداد لمنعه الخمر في قول الاعشى

فقمنا ولما يصح ديـكنا * الى جونة عند حـدادها

وسمى أهل الاصطلاح المعرف للماهية حدا لمنعه من الدخول والخروج وحـدود الدار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها اليه وفي الشرع قال المصنف هو العقوبة المقدرة حقا لله فلا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ وهذا لان المقـدر نوع منه وهو التعزير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس وعرك أذن وغيره على ما سيأتي ان شاء الله تعالى وهـذا الاصطلاح هو المشهور وفي اصطلاح آخر لا يؤخـذ القيد الاخير فيسمى القصاص حدا فالحد هو العقوبة المقدرة شرعا غير أن الحد على هذا قسمان ما يصح فيه العفو وما لا يقبله وعلى الاول الحد مطلقا لا يقبل الاسقاط بعد ثبوت سببه عنـد الحاكم وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب ولذا أنكر رسول الله صلى الله عليـه وسلم على أسامة بن زيد حـين شفع في المخزومية التي سرقت فقال أتشفع في حد من حدود الله وأما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع له الى الحاكم ليطلقه وممن قال به الزبير بن العوام وقال اذا بلغ الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا وهذا لان وجوب الحـد قبل ذلك لم يثبت فالوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الامام عند الثبوت عنده (قوله الزنا يثبت بالبينة والاقرار) ابتدأ بحد الزنا لكثرة وقوع سـببه مع قطعيته عن كتاب الله تعالى بخـلاف السرقة فانها لا تكثر كثرته والشرب وان كثر فليس حـده بتلك القطعية والزنا مقصور في اللغـة الفصحى لغة أهل الحجاز التي بها جاء القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا ويمـد في لغة نجد وعليها قال الفرزدق

أبا طاهر من يزن يعـــرف زناؤه * ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا

بفتح الكاف وتشديدها من التسكير والخرطوم من أسماء الخمر قال والمراد ثبوته عند الحكام أما ثبوته في نفسه فبايجاد الانسان للفعل لانه فعل حسي وسيذكر المصنف تعريف الزنا في باب الوطء الذي يوجب الحد وهناك نتكلم عليه وخص بالبينة والاقرار لنفي ثبوته بعلم الامام وعليه جماهير العلماء وكذا سائر الحدود وقال أبو ثور ونقـل قولا عن الشافعي انه يثبت به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل بمشاهدة الامام قلنا نعم لكن الشرع أهدر اعتباره بقوله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ونقل فيه اجماع الصحابة وقول المصنف لانها دليل ظاهر تعليل للواقع من النصوص الدالة على ثبوته بالبينة والاقرار فانما يثبت بها غير مفتقر الى هذا المعنى وحاصله لما تعذر القطع اكتفى بالظاهر

(قوله وتفسيره في الشرع الخ) أقول تفسير للزنا العام لما يوجب الحد وما لا يوجبه (قوله وشبهتهما الخ) أقول ليعم الزنا الذي لا يوجب الحد (قوله وتمكين المرأة الخ) أقول تعريف لزنا المرأة (قوله اشارة) أقول وجه الاشارة مستور

قال (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود على رجل أو امرأة بالزنا) لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقال عليه السلام للذى قذف امرأته ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان فى اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده

وهو فى البينة وفى الاقرار أظهر لان الاقرار بسبب الحد يستلحق مضرة فى البدن ومعرة فى العرض توجب نكاية فى القلب فلم يكن الاقدام عليه الامع الصدق دفعا الضرر الآخرة على القول بسقوطه بالحد ان لم يتب وقصدا الى تحقيق النكاية لنفسه اذ ورطته فى أسباب سخط الله تعالى لينال درجة أهل العزم (قوله فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ليس فيهم امرأة (على رجل أو امرأة بالزنا) ويجوز كون الزوج منهم عندنا خلافا للشافعى هو يقول هو متهم ونحن نقول التهمة ما توجب جر نفع والزوج مدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلو الفراش خصوصا اذا كان له منها أولاد صغار وانما كانت الشهود أربعا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وأما الحديث الذى ذكره المصنف وهو قوله صلى الله عليه وسلم للذى قذف امرأته بالزنا يعنى هلال بن أمية ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك والاحد فى ظهرك فلم يحفظ على ما ذكر والذى فى البخارى انه عليه الصلاة والسلام قال البينة والاحد فى ظهرك ثم أخرج أبو يعلى فى مسنده حدثنا مسلم بن أبى مسلم الجرمى حدثنا مخلد بن الحسين عن هشام عن ابن سيرين عن أنس بن مالك قال أول لعان كان فى الاسلام ان شريك بن سحماء قذفه هلال بن أمية بامرأته فرفعته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم أربعة شهود والاحد فى ظهرك والمسئلة وهى اشتراط الاربعة قطعية مجمع عليها ثم ذكر أن حكمة اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر المندوب اليه واقتصر عليه لنفى قول من قال ان حكمته أن شهادة الزنا تتضمن الشهادة على اثنين وفعل كل واحد يحتاج الى اثنين فلزمت الاربعة أما ان فيه تحقيق معنى الستر فلأن الشئ كلما كثرت شروطه قل وجوده فان وجوده اذا توقف على أربعة ليس كوجوده اذا توقف على اثنين منها فيتحقق بذلك الاندراء وأما انه مندوب اليه فلما أخرج البخارى عن أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ومن ستر مسلما ستره الله فى الدنيا والآخرة والله فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه وأخرج أبو داود والنسائى عن عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من رأى عورة فسترها كان كمن أحيا موؤدة واذا كان الستر مندوبا اليه ينبغى أن تكون الشهادة به خلاف الاولى التى مرجعها الى كراهة التنزيه لانها فى رتبة الندب فى جانب الفعل وكراهة التنزيه فى جانب الترك وهذا يجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به أما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصى والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين والزجر لهم فاذا ظهر حال الشره فى الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به واشاعته فاخلاء الارض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحدود بخلاف من زنى مرة أو مرارا متسترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد وقوله عليه الصلاة والسلام لهزال فى ماعز لو كنت سترته بثوبك الحديث وسيأتى كان فى مثل من ذكرنا والله سبحانه أعلم وعلى هذا ذكره فى غير مجلس القاضى واداء الشهادة يكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها وأما ان المختار فى الحكمة ما ذكره المصنف فلأن شهادة الاثنين كما تكون على فعل واحد تكون معتبرة على أفعال كثيرة كما لو شهدوا ان هؤلاء

وقوله (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ظاهر وقوله (ولان فى اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر) احتراز عن قول من يقول انما اشترط الاربع لان الزنا لا يتم الا باثنين وفعل كل واحد لا يثبت الا بشهادة شاهدين فانه ضعيف لان فعل الواحد كما يثبت بشهادة شاهدين كذلك يثبت بها فعل الاثنين وانما الصواب أن الله تعالى أحب الستر على عباده وشرط زيادة العدد تحقيقا لمعنى الستر وقوله (وهو) أى الستر (مندوب اليه) قال صلى الله عليه وسلم من أصاب منكم من هذه القاذورات شيأ فليستتر بستر الله وقال من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة (والاشاعة ضده) أى اظهار الزنا ضد ستر الزنا فكان وصف الاشاعة على ضد وصف الستر لا محالة ثم لما كان الستر أمرا مندوبا اليه كانت الاشاعة أمرا مذموما

(واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ماهو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى)

الجماعة قتلوا فلانا ونحوه فالمعول عليه ماذكره المصنف (قوله واذا شهدوا بالزنا سألهم الحاكم) عن خمسة أشياء (عن الزنا ماهو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى) ثم استدل المصنف على وجوب هذه الاشياء بأنه صلى الله عليه وسلم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط المطلوب شرعا في ذلك فهذا الوجه يعم الخمسة والسمعي مقتصر على اثنين منها فحاصله استدلاله على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة الباقية بدليل واحد فان قيل الكلام في استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقر وهو ماعز فالجواب أن علة استفساره بعينهما ثابتة في الشهود كما ستسمع فوجب استفسارهم أما انه استفسره عن الكيفية ففيما أخرج أبو داود والنسائي وعبد الرزاق في مصنفه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال جاء الاسلمي نبي الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه انه أصاب امرأة حراما أربع مرات كل ذلك يعرض عنه فأقبل في الخامسة فقال أنكتها قال نعم قال حتى غاب ذلك منك في ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المرود في المكحلة وكما يغيب الرشاء في البئر قال نعم قال فهل تدري ما الزنا قال نعم أتيت منها حراما مثل ما يأتي الرجل من امرأته حلالا قال فما تريد بهذا القول قال أريد أن تطهرني فأمر به فرجم فسمع النبي صلى الله عليه وسلم رجلين من أصحابه يقول أحدهما لصاحبه انظر الى هذا الذي ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم رجم الكلب فسكت عنهما ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار شائل برجله فقال أين فلان وفلان فقالا نحن ذان يارسول الله فقال انزلا فكلا من جيفة هذا الحمار فقالا ومن يأكل من هذا يارسول الله قال فما نلتما من عرض أخيكما آنفا أشد من الاكل منه والذي نفسي بيده انه الآن لفي أنهار الجنة ينغمس فيها وأما استفساره عن المزنية ففيما أخرجه أبو داود عن يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه قال كان ماعز بن مالك في حجر أبي فأصاب جارية من الحي فقال له أبي ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بما صنعت لعله يستغفر لك قال فأتاه فقال يارسول الله اني زنيت فأقم علي كتاب الله فأعرض عنه فعاد حتى قالها أربع مرات فقال عليه الصلاة والسلام انك قد قلتها أربع مرات فبمن قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فأمر به أن يرجم فأخرج الى الحرة فلما وجد مس الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحابه فنزع بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال هلا تركتموه لعله أن يتوب فيتوب الله عليه ورواه عبد الرزاق في مصنفه فقال فيه فأمر به أن يرجم فرجم فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب بلحى بعير فأصاب رأسه فقتله وأما ان في الاستفسار عن الامور الخمسة الاحتياط فما قال لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه بأن ظن مماسة الفرجين حراما زنا أو كان يظن أن كل وطء محرم زنا يوجب الحد فيشهد بالزنا فلهذا الاحتمال سأله عن الزنا ماهو ولانه يحتمل كونه كان مكرها ويرى أن الاكراه على الزنا لا يتحقق فيكون مختارا فيه كما روى عن أبي حنيفة فيشهد به فلهذا سأله عن كيفيته وفي التحقيق هو حالة تتعلق بالزاني نفسه ثم يحتمل كون المشهود عليه زنى في دار الحرب وليس فيه حد عندنا فلهذا سألهم أين زنى ويحتمل كونه في زمان متقادم ولا حد فيه اذا ثبت بالبينة أو في زمن صباه فلهذا سألهم متى زنى وحد التقادم سيأتي ثم يحتمل كون المزني بها ممن لا يحد بزناها وهم لا يعلمون كجارية ابنه أو كانت جاريته أو زوجته ولا يعلمها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حل لهؤلاء أن ينظروا في بيتي وكانت في بيت أحدهم كوة يبدو منها للناظر ما في بيت المغيرة فاجتمعوا عنده فشهدوا وقال المغيرة والله ما أتيت الا امرأتي ثم ان الله تعالى درأه عنه بعدم قول زياد وهو الرابع رأيته كالميل في المكحلة فحد عمر رضي الله عنه الثلاثة ولم يحده لانه ما نسب اليه الزنا بل قال رأيت قدمين مخضوبتين وأنفاسا عالية وحافزا ترتفع وينخفض

(واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ماهو) احترازا عن الغلط في الماهية (وكيف هو) احترازا عن الغلط في الكيفية (وأين زنى) احترازا عنه في المكان (ومتى زنى) احترازا عنه في الزمان (وعن المزنية) احترازا عنه في المفعول بهو يدل على وجوب السؤال عن هذه الاشياء النقل والعقل

(قوله واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا) أقول أنت خبير بأن سؤال الامام ليس للاحتراز عن الغلط فيما ذكره بل الغلط مطلوب لدرء الحد وانه لا معنى للغلط في المكان والزمان هنا فتأمل (قوله الى ان ذكر الكاف والنون) أقول يعني الى ان ذكر لماعز الكاف والنون

لان النبى عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط فى ذلك واجب لانه عساه غير الفعل فى الفرج عناه أو زنى فى دار الحرب أو فى المتقادم من الزمان أو كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى فى ذلك احتيالا للدرء (فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها كالميل فى المكحلة وسأل القاضى عنهم فعدلوا فى السر والعلانية حكم بشهادتهم) ولم يكتف بظاهر العدالة فى الحدود احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند أبى حنيفة وتعديل السر والعلانية نبينه فى الشهادات ان شاء الله تعالى

وهو لا يوجب الحد وأخرج عبد الرزاق فى تفسيره بسنده عن عمر رضى الله عنه ثم سألهم أن يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما وأبى أبو بكرة أن يتوب فكانت شهادته لا تقبل حتى مات وعاد مثل العضو من العبادة اهـ فلهذا يسألهم عن المزنى بها من هى وقياسه فى الشهادة على زنا امرأة أن يسألهم عن الزانى بها من هو فان فيه أيضا الاحتمال المذكور وزيادة وهو جواز كونه صبيا أو مجنونا بأن مكنت أحدهما فانه لا يجب عليها فى ذلك حد على قول أبى حنيفة ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم انهما زنيا لم يحد المشهود عليه ولا الشهود لانهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم لانهم لم يذكروا ما ينفى كون ما ذكروه زنا ليظهر قذفهم لغير الزانى بالزنا بخلاف ما لو وصفوه بغير صفته فانهم يحدون وصار كما لو شهد أربعة فساق بالزنا لا يقضى بشهادتهم ولا يحدون لانهم يأتون على شهادتهم غير أنهم لا يقبلون وعلى هذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا بخلاف ما لو شهد ثلاثة وأبى الرابع فان الشهادة على الزنا قذف لكن عند تمام الحجة يخرج عن أن يكون قذفا فما لم يتم بامتناعه بقى كلام الثلاثة قذفا فيحدون ولو شهدوا فسألهم فبين ثلاثة ولم يزد واحد على الزنا لا يحدو وما وقع فى أصل المبسوط من أن الرابع لو قال انه زان فسئل عن صفته فلم يصفه انه يحد حمل على انه قاله القاضى فى مجلس غير المجلس الذى شهد فيه الثلاثة (قوله واذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها كالميل فى المكحلة) وهى بضم الميم والحاء وهو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا فى الحقيقة وسأل القاضى عنهم فعدلوا فى السر بأن يبعث ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة والعلانية بأن يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذى عدلته حكم بشهادتهم وهو الحكم بوجوب حده وهذا ما وعد المصنف بيانه فى الشهادات وبقى شرط آخر وهو أن يعلم أن الزنا حرام مع ذلك كله ونقل فى اشتراط العلم بحرمة الزنا اجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه فسق كما اكتفى بها أبو حنيفة فى الاموال احتيالا للدرء ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفا على ثبوت ايجاب الدرء ما أمكن استدل عليه بما رواه أبو يعلى فى مسنده من حديث أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود ما استطعتم ورواه الترمذى من حديث عائشة رضى الله عنها عنه عليه السلام قال ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان لها مخرج فخلوا سبيله فان الامام أن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة قال الترمذى لا نعرفه مرفوعا الا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد ويزيد ضعيف وأسند فى علله عن البخارى يزيد منكر الحديث ذاهب وصححه الحاكم وتعقبه الذهبى به قال البيهقى والموقوف أقرب الى الصواب ولا شك أن هذا الحكم وهو درء الحد مجمع عليه وهو أقوى وكان ذكر هذه ذكرا لمستند الاجماع واعلم أن القاضى لو كان يعلم عدالة الشهود لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه عن ذلك وهو أقوى من الحاصل له من تعديل المزكى ولولا ما ثبت من اهدار الشرع علمه بالزنا فى اقامة الحد بالسمع الذى ذكرناه لكان يحده بعلمه لكن

أما الاول فما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل ماعزا الى أن ذكر الكاف والنون يعنى كلمة نكت لكونه صريحا فى الباب والباقى كناية وأما العقل فلان الاحتياط فى ذلك واجب لانه قد كان الفعل فى غير الفرج عناه فلا يكون ماهية الزنا ولا كيفيته موجودة أو زنى فى دار الحرب وهو لا يوجب الحد أو فى المتقادم من الزمان وذلك يسقط الحد أو كان له فى المزنية شبهة لم يطلع عليها الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى فى ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها بيانا للماهية والمزنى بها كالميل فى المكحلة بيان كيفيته وسأل القاضى عنهم فعدلوا فى السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء لان النبى صلى الله عليه وسلم أمر بذلك وقال ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند أبى حنيفة حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة وهو الاسلام وتعديل السر والعلانية يأتى فى الشهادات ان شاء الله تعالى

قال فى الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى قال (والاقرار أن يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات فى أربعة مجالس من مجالس المقر كلما أقر رده القاضى فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبى والمجنون غير معتبر أو غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعى يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور

ثبت ذلك هناك ولم يثبت فى تعديل الشهود اهدار علمه بعد التهم فوجب اعتباره (قوله قال فى الاصل) أى قال اذا وصف الشهود الاشياء المذكورة يحبس القاضى المشهود عليه بالزنا الى أن يسأل عن عدالة الشهود لانه متهم وقد يهرب ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان أخذ الكفيل نوع احتياط وليس بمشروع فيما يندرئ بالشبهات فان قيل الاحتياط فى الحبس أظهر منه فى أخذ الكفيل أجاب بان حبسه ليس للاحتياط بل هو تعزير له لانه صار متهما بالفواحش بشهادة هؤلاء وان لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد وحبس المتهمين تعزيرا لهم جائز بخلاف ما اذا شهدوا بالدين لا يحبس المشهود عليه به قبل ظهور عدالة الشهود لان أقصى العقوبات بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس فلا يجوز أن يفعله قبل ثبوت الحق بخلاف ما هنا فان بعد الثبوت عقوبته أغلظ وهذا هو الفرق الذى وعده المصنف بقوله وسيأتيك الفرق وأما قوله حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة فأخرج أبو داود والترمذى والنسائى عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا فى تهمة زاد الترمذى والنسائى ثم خلى عنه حسنه الترمذى وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق فى مصنفه عن عراك بن مالك قال أقبل رجلان من بنى غفار حتى نزلا بضجنان من مياه المدينة وعندهما ناس من غطفان معهم ظهر لهم فأصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من ابلهم واتهموا الغفاريين فأتوا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس أحد الغفاريين وقال للآخر اذهب فالتمس فلم يك الا يسيرا حتى جاء بهما فقال النبى صلى الله عليه وسلم لاحد الغفاريين استغفر لى فقال غفر الله لك يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ولك وقتلك فى سبيله قال فقتل يوم اليمامة (قوله والاقرار أن يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا أربع مرات) قدم الثبوت بالبينة لانه المذكور فى القرآن ولان الثابت بها أقوى حتى لا يندفع الحد بالفرار ولا بالتقادم ولانها حجة متعدية والاقرار قاصر ولابد من كونه صريحا ولا يظهر كذبه ولذا قلنا لو أقر الاخرس بالزنا بكتابة أو اشارة لا يحد للشبهة بعدم الصراحة وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال أن يدعى شبهة كما لو شهدوا على مجنون انه زنى فى حال افاقته بخلاف الاعمى صح اقراره والشهادة عليه وكذا الخصى والعنين وكذا لو أقر فظهر مجبوبا أو أقرت فظهرت رتقاء وذلك بأن تخبر النساء بانها رتقاء قبل الحد وذلك لان اخبارهن بالرتق يوجب شبهة فى شهادة الشهود وبالشبهة يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بخرساء أو أقرت أنها زنت بأخرس لا حد على واحد منهما واختلف فى اشتراط تعدد الاقرار فنفاه الحسن وحماد بن أبى سليمان ومالك والشافعى وأبو ثور واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل أربع مرات ولان الغامدية لم تقر أربعا وانما ردد ماعزا لانه شك فى أمره فقال له أبك جنون وذهب كثير من العلماء الى اشتراط الاربع واختلفوا فى اشتراط كونها فى أربعة مجالس من مجالس المقر فقال به علماؤنا ونفاه ابن أبى ليلى وأحمد فيما ذكر عنه واكتفوا بالاربع فى مجلس واحد وما فى الصحيحين ظاهر فيه وهو ما عن أبى هريرة قال أتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى المسجد فقال يا رسول الله انى زنيت فأعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال يا رسول الله انى زنيت فأعرض عنه حتى بين

قال فى الاصل (يحبسه حتى يسأل عن الشهود) لانه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان أخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما بنى على الدرء فان قيل الاحتياط فى الحبس أظهر أجيب بأن حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير للاتهام بالجناية وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة والفرق بينه وبين المديون سيأتى ان شاء الله تعالى قال (والاقرار أن يقر العاقل البالغ) صورة المسئلة ظاهرة على ما ذكره (قوله اعتبارا بسائر الحقوق) يعنى فى سائر الحقوق العدد معتبر فى الشهادة دون الاقرار فكذلك ههنا

(قوله أجيب بأن حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير) أقول ولا يخفى عليك ان المستفاد من تعليل الحبس بقوله لانه لو خلى سبيله هرب هو أن يكون الحبس احتياطا لا تعزيرا فليتأمل

وقوله (بخلاف زيادة العدد فى الشهادة) يعنى أنها تفيد زيادة فى طمأنينة القلب وتكرار الكلام ليس كذلك ولنا حديث ماعز فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال زنيت فطهرنى فأعرض عنه فجاء الى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فأعرض عنه فجاء الى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فأعرض عنه فجاء الى الجانب الرابع وقال مثل ذلك فلما كان فى المرة الرابعة قال النبى صلى الله عليه وسلم الآن أقررت أربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها فأبى الا أن يقر بصريح الزنا فقال أبك خبل أبك جنون وفى رواية بعث الى أهله فقال هل تنكرون من عقله شيأ فقالوا لا فسأل عن احصانه فأخبر انه محصن فأمر برجمه وعن أبى بريدة قال كنا نتحدث فى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ماعزا لو قعد فى بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهذا يدل على أن هذا الحكم كان متعارفا فيما بينهم ووجه الاستدلال بحديث ماعز ما أشار اليه بقوله فانه أخر الاقامة وبيانه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخر اقامة الحد الى أن تم الاقرار أربع مرات فلو كان الاقرار مرة واحدة كافيا لم يؤخر لان اقامة الحد عند ظهوره واجبة وتأخير الواجب لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم فان قال قائل اذا لم يثبت الحد باقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب الحد فيجب المهر واذا وجب المهر لا يجب الحد من بعد لان المهر والحد لا يجتمعان فى وطء واحد أجيب بأن الاقرار أربع مرات لما اعتبر حجة لاثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالاقرار مرة واحدة وانما الحكم موقوف فان تمت الحجة وجب الحد وان لم تتم وجب المهر فان قيل انما أعرض النبى صلى الله عليه وسلم لانه استراب فى عقله فقد جاء أشعث أغبر متغير اللون الا انه لما أصر على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم أزال الشبهة بالسؤال فقال أبك خبل أبك جنون أجيب أما تغير الحال كثيرا فانه دليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون وانما قال النبى صلى الله عليه وسلم أبك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك قبلت وطئها ليرجع عن الزنا الى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه وكما قال للسارق أسرقت ما اخاله سرق والدليل عليه ما روى أن أبا بكر رضى الله عنه قال لماعز لما أقر ثلاثا ان أقررت الرابعة رجمك فثبت أن هذا العدد كان ظاهرا عندهم وقوله (ولأن الشهادة) دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتباره بسائر الحقوق وتقريره أن سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه أربعة ونصابها هنا ذلك فلما كانت احدى الحجتين مختصة بزيادة ليست فى سائر الحقوق فكذلك فى الحجة الاخرى اعظاما لأمر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس

بخلاف زيادة العدد فى الشهادة ولنا حديث ماعز فانه عليه السلام أخر الاقامة الى أن تم الاقرار منه أربع مرات فى أربعة مجالس فلو ظهر بما دونها لما أخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس

ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبك جنون قال لا قال هل أحصنت قال نعم فقال صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة هرب فأدركناه بالحرة فرجمناه فهذا ظاهر فى انه كان فى مجلس واحد قلنا نعم هو ظاهر فيه لكن أظهر منه فى افادة انها فى مجالس ما فى صحيح مسلم عن أبى بريدة أن ماعزا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فرده ثم أتاه الثانية من الغد فرده ثم أرسل الى قومه فسألهم هل تعلمون بعقله بأسا فقالوا ما نعلمه الا وفى العقل من صالحينا فأتاه الثالثة فأرسل اليهم أيضا فسألهم فأخبروه انه لا بأس به ولا بعقله فلما كان الرابعة حفر له حفرة فرجمه وأخرج أحمد واسحق بن راهويه فى مسنديهما وابن أبى شيبة فى مصنفه قال حدثنا وكيع عن اسرائيل عن جابر عن عامر عن عبد الرحمن بن أبزى عن أبى بكر رضى الله عنه قال أتى ماعز بن مالك النبى صلى الله عليه وسلم فاعترف وأنا عنده مرة فرده ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرده فقلت له ان اعترفت الرابعة رجمك قال فاعترف الرابعة فحبسه ثم سأل عنه فقالوا لا نعلم الا خيرا فأمر به فرجم فصرح بتعداد المجىء وهو يستلزم غيبته ونحن انما قلنا انه اذا تغيب ثم عاد فهو مجلس آخر وروى ابن حبان فى صحيحه من حديث أبى هريرة قال جاء ماعز بن مالك الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال ان الابعد زنى فقال له ويلك وما يدريك ما الزنا فأمر به فطرد وأخرج ثم أتاه الثانية فقال مثل ذلك فأمر به فطرد وأخرج ثم أتاه الثالثة فقال مثل ذلك فأمر به فطرد وأخرج ثم أتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال أدخلت وأخرجت قال نعم فأمر به أن يرجم فهذه وغيرها مما يطول ذكره ظاهر فى تعدد المجالس فوجب أن يحمل الحديث الاول عليها وان قوله فتنحى تلقاء وجهه معدود مع قوله الاول اقرارا واحدا الا انه فى مجلس واحد وقوله حتى بين ذلك أربع مرات أى فى أربعة مجالس فانه لا ينافى ذلك وقد دلت الاحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه وأما الكلام مع المكتفين بمرة واحدة فأما كون الغامدية لم تقر الا مرة واحدة فممنوع بل أقرت أربعا يدل عليه ما عند أبى داود والنسائى قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحدثون أن الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما وانما رجمهما بعد الرابعة فهذا نص فى اقرارها أربعا غاية ما فى الباب انه لم ينقل تفاصيلها والرواة

(قوله فان قال قائل اذا لم يثبت الحد باقراره الخ) أقول هذه معارضة

كثيرا ما يحذفون بعض صورة الواقعة على أنه روى البزار في مسنده عن زكريا بن سليم حدثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن بن أبي بكر عن أبيه فذكره وفيه أنها أقرت أربع مرات وهو يردها ثم قال لها اذهبي حتى تلدي الحديث غير أن فيه مجهولا لا تميز جهالته بما يشهد له من حديث أبي داود والنسائي وأما كونه ردّ ماعزا أربع مرات كان لاسترابته في عقله فان سلم لا يتوقف علم ذلك على الاربع والثلاثة موضوعة في الشرع لابلاء الاعذار كخيار الشرط جعل ثلاثا لان عندها لا يعذر المغبون والمرتد يستحب أن يؤخر ثلاثا ليراجع نفسه في شبهته فلو لم تكن الاربعة عددا معتبرا في اعتبار اقراره لم يؤخر رجمه بعد الثالثة ومما يدل على ذلك ترتيبه صلى الله عليه وسلم الحكم عليها وهو مشعر بعليتها وكذا الصحابة فمن ذلك قوله عليه السلام في حديث هزال انك قد قلتها أربعا فبمن زنيت وهو حديث أخرجه أبو داود والنسائي والامام أحمد عن يزيد بن نعيم عن هزال عن أبيه قال كان ماعز بن مالك في حجر أبي فأصاب جارية من الحي فقال له أبي ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث المتقدم وزاد فيه أحمد قال هشام فحدثني يزيد بن نعيم عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه والله يا هزال لو كنت سترته بثوبك لكان خيرا لك مما صنعت به قال صاحب التنقيح اسناده صالح ويزيد بن نعيم روى له مسلم وذكره ابن حبان في الثقات وأبوه نعيم ذكر في الثقات أيضا وهو مختلف في صحبته وقد روى ترتيبه صلى الله عليه وسلم على الاربع جماعة بألفاظ مختلفة فمنها ما ذكرنا ومنها في لفظ لابي داود عن ابن عباس انك قد شهدت على نفسك أربع مرات وفي لفظ لابن أبي شيبة أليس أنك قد قلتها أربع مرات وتقدم في مسند أحمد عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال له بحضرته صلى الله عليه وسلم ان اعترفت الرابعة رجمك الآن في اسناده جابر الجعفي وكونه روى في الصحيح أنه ردّه مرتين أو ثلاثا فمن اختصار الراوي والا فلا شك انه أقر أربعا وقوله في ذلك اللفظ شهدت على نفسك يؤنس منه انه اعتبر الاقرار بالشهادة فكما أوجب سبحانه في الشهادة على الزنا أربعا على خلاف المعتاد في غيره فكذا يعتبر في اقراره انزالا لكل اقرار منزلة شهادة واحد ولو لم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه واذن فقوله في حديث العسيف فان اعترفت فارجمها معناه الاعتراف المعهود في الزنا بناء على أنه كان معلوما بين الصحابة خصوصا لمن كان قريبا من خاصة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الصحابة هذا ونقل من حديث أبي هريرة في استفسار ماعز انه رجمه بعد الخامسة وتأويله انه عد آحاد الاقارير فان فيها اقرارين في مجلس واحد كما قدمنا في الجمع فكانت خمسا فان قيل يجوز كون ردّه ليرجع قلنا ينبغي أن يلقنه الرجوع ولكن في مجلس الاقرار الموجب ولو كان الاقرار الموجب هو الاول للقنه بعده لانه يطلقه مختارا في اطلاقه ليذهب وقد لا يرجع هكذا يوما بعد يوم وهذا لما علمت أن الاقامة مخاطب بها الامام بالنص اذا ثبت السبب عنده فيحرم عليه أن لا يفعله والافات المقصود من الايجاب غير انه اذا رجع قبل رجوعه فايجاب السبب مقيد بعدم الرجوع قبل الاقامة وهذا لا يوجب جواز ردّه واخراجه ليذهب ويرجع وقد لا يرجع بل يذهب الى حال سبيله وهو مصر على الاقرار غير انه يقول في نفسه ان الاقرار بهذا الحق لا يوجب شيأ على الامام فيجلس في بيته مصرا على اقراره غير راجع عنه خصوصا في زمن لم تعرف فيه تفاصيل هذه الاحكام للناس بعد وأما ما روى ان الغامدية قالت له عليه الصلاة والسلام أتريد أن تردني كما رددت ماعزا والله انى لحبلى من الزنا فليس فيه دليل لاحد بل لما قالته قال أما لا فاذهبي حتى تلدي فلما ولدت أتته بصبي في خرقة فقالت هذا قد ولدته قال فاذهبي فأرضعيه حتى تفطميه فلما فطمته أتته بالصبي في يده كسرة خبز قالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد أكل الطعام فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها الى صدرها وأمر الناس أن يرجموها فرجموها فنقل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها فنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبه اياها فقال مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها

لمارويناولان لاتحادالمجلس أثرا فى جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد فى الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضى والاختلاف بأن يرده القاضى كلما أقر فيذهب حيث لايراه ثم يجىء فيقر هو المروى عن أبى حنيفة لانه عليه السلام طرد ماعزا فى كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة قال (فاذاتم اقراره أربع مرات سأله عن الزنا ماهو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد) لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه فى الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره فى الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لوسأله جاز لجواز أنه زنى فى صباه (فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد أوفى وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله) وقال الشافعى وهو قول ابن أبى ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره

صاحب مكس لغفر له وليس فى هذا انه اعتبر قوالها فلم يردها غاية الامر أنه ردها وغياه الى ولادتها ثم ردها الى فطامها الاتفاق الحال بان تثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقا سبب ظاهر فى خصوص هذا الرد ولعلها كلما رجعت اليه يصدر منها ماهو اقرار اذ لابد أن يقع فى مجلسها شئ مما هى بصدده هذا ولم يكن ماتقدم مما يفيد أن اقرارها كان أربعا غير انه لما كان المجلس جامعا للمتفرقات حتى يعد الواقع فيه واحدا وكان المقام مقام الاحتياط فى الدرء اعتبر فى الحكم بتعدد الاقرار بتعدد مجالس المقر دون القاضى لانه الذى به يتحقق الاقرار وبه فارق الشهادة فان الاربع فيها اعتبر فى مجلس واحد حتى لوجاؤا فى مجالس حدوا لانها كلام جماعة حقيقة فلا يمكن اعتبارها واحدا بخلاف اقرار المقر فانه من واحد فأمكن فيه اعتبار الاتحاد فى اتحاد المجالس فاعتبر كذلك عند الامكان تحقيقا للاحتياط وأما ماقيل ان اشتراط الاربع فى الشهادة لان الشاهد يتهم بخلاف المقر فالتهمة بعد العدالة والصلاح ممنوعة بل لاشك فى الصدق وأصل التعدد وانما لزم حتى لزم الاثنان لامكان النسيان فيذكره الآخر لا للتهمة وزوالها بالآخر ويشترط فى النساء كذلك أيضا بالنص قال تعالى فتذكر احداهما الاخرى غيران المرأة انما تخالط المرأة لاالرجل الاجنبى فلزمت الاخرى لتذكرها (قوله لانه عليه السلام طرد ماعزا فى كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة) لايعرف بهذا اللفظ وأقرب الالفاظ اليه ماذكرنا من حديث ابن حبان انه طرد وأخرج فارجع اليه (قوله فاذا بين ذلك) أى على وجه لايتضمن دافعا للحد لزمه الحد ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنيت وذكره فى الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وهذا السؤال لتلك الفائدة فاذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن فى السؤال عنه فائدة ووجه الفرق بين الشهادة والاقرار فى ذلك سيذكره المصنف فى باب الشهادة على الزنا وهذا بخلاف سؤال عمن زنيت لانه قد يبين من لايحد بوطئها كماذكرنا فى جارية ابنه بخلاف مالو قال فى جوابه لاأعرف التى زنيت بها فانه يحد لانه أقر بالزنا ولم يذكر مايسقط كون فعله زنا بل تضمن اقراره أنه لاملك له فى المزنية لانه لوكان لعرفها لان الانسان لايجهل زوجته وأمته والحاصل أنه اذا أقر أربع مرات أنه زنى بامرأة لايعرفها يحد وكذا اذا أقر أنه زنى بفلانة وهى غائبة يحد استحسانا لحديث العسيف أنه حده ثم أرسل الى المرأة فقال فان اعترفت فارجمها ولان انتظار حضورها انما هو لاحتمال أن تذكر مسقطا عنه وعنها ولايجوز التأخير لهذا الاحتمال كمالا يؤخر اذا ثبت بالشهادة لاحتمال أن يرجع الشهود لان كلا منهما شبهة الشبهة وبه لايندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بفلانة وكذبته وقالت لاأعرفه لايحد الرجل عند أبى حنيفة وقالا يحد وعلى هذا الخلاف اذا أقرت أنها زنت بفلان فأنكر فلان تحد هى عندهما لاعنده (قوله وقال الشافعى يقيم عليه الحد) وهو قول ابن أبى ليلى والمسطور فى كتبهم أنه لو رجع قبل الحد أو بعدما أقيم عليه بعضه سقط وعن أحمد كقولنا وعن مالك فى قبول رجوعه روايتان فاستغنينا عن تحرير دليل الشافعى وعلى تقديره فقوله كما اذا

لماروينامن انه صلى الله عليه وسلم أخر الاقامة الى أن تم الاقرار منه أربع مرات فى أربعة مجالس (ولان لاتحاد المجلس آثرا فى جمع المتفرقات فعنده) أى عند الاتحاد (تحقق شبهة الاتحاد فى الاقرار) ألاترى الى ماجاء فى حديث ماعز من اقراره خمس مرات وكان منها مرتان فى جهة واحدة فلم نعتبر ذلك ولم يذهب اليه أحد من المجتهدين (والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه) فى دفع الحد وفى بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجلسه أى فى وجوب الحد وقيل يعتبر مجلس القاضى ورده المصنف بقوله دون مجلس القاضى وقوله (والاختلاف بان يرده القاضى) ظاهر وقوله (لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار) دليله أن التقادم فى الشهادة مانع لتهمة الحقد وهى غير موجودة فى الاقرار وسيأتى بيان التقادم فى باب الشهادة على الزنا

قال المصنف (ولان الشهادة الى قوله لأمر الزنا) أقول ليس فيه اثبات التقدير بالقياس بل اثبات الزيادة على الواحد بلا تعيين عدد اذ بذلك يتم نفى مذهب الشافعى فتأمل قال المصنف (وقيل لوسأله جاز الخ) أقول قال الزيلعى والاصح انه يسأله لاحتمال انه زنى فى صباه

كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع (ويستحب للامام أن يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست أو قبلت) لقوله عليه السلام لماعز لعلك لمستها أو قبلتها قال في الاصل وينبغي أن يقول له الامام لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى

﴿فصل﴾ في كيفية الحد واقامته (واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت) لانه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا وقد أحصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان

وجب بالشهادة تحرير الجامع فيه انه انكار بعد الثبوت كما لو فرض أنهم شهدوا عليه وهو ساكت فلما سألهم الحاكم الاسئلة الخمسة وتمت الحجة أنكر ولا يخفى أنه تكلف والحق أن الرجوع عن الاقرار بالزنا بعد الاقرار به محل وصحته شرعا حكم فيجب كون المحل الذي هو الاصل رجوعا عن اقرار بغيره وهو ليس ممتنعا في الشهادة نعم في القصاص وحد القذف يعني لو أقر بهما ثم رجع لا يقبل فكذا لا يقبل في الزنا ولنا أن الرجوع خبر يحتمل الصدق وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق به الشبهة في الاقرار السابق عليه فيندرئ بالشبهة لانه أرجح من الاقرار السابق فافهم بخلاف ما فيه حق العبد من القصاص وحد القذف لان العبد يكذبه في اخباره الثاني فينعدم أثره في اخباره الاول بالكلية (قوله ويستحب للامام أن يلقن المقر الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام لماعز لعلك لمستها) روى في حديث ماعز لعلك مسستها لعلك قبلتها وعند البخاري لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت وقال في الاصل ينبغي أن يقول له لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة والمقصود أن يلقنه ما يكون ذكره دارئا للحد ليذكره كائنا ما كان كما قال أيضا عليه الصلاة والسلام للسارق الذي جيء به اليه أسرقت وما اخاله سرق

﴿فصل في كيفية اقامة الحد﴾ بعد ثبوت الحد تكون اقامته فذكر كيفيته (قوله واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا) هذا من الاحرف التي جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين يقال أحصن يحصن فهو محصن في ألفاظ معدودة هي أسهب فهو مسهب اذا اطال وأمعن في الشئ ومنه قول المصنف في خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب وقيل لابن عمر ادع الله لنا فقال أكره أن أكون من المسهبين بفتح الهاء وألفج بالفاء والجيم افتقر فهو ملفج الفاعل والمفعول فيه سيان ويقال بكسرها أيضا اذا أفلس وعليه دين (قوله رجمه بالحجارة حتى يموت) عليه اجماع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين وانكار الخوارج الرجم باطل لانهم ان أنكروا حجية اجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو اجماع قطعي وان أنكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه لان ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة علي وجود حاتم والآحاد في تفاصيل صوره وخصوصياته أما أصل الرجم فلا شك فيه ولقد كوشف بهم عمر رضي الله عنه وكاشف بهم حيث قال خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله ألا وان الرجم حق على من زنى وقد أحصن اذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف رواه البخاري وروى أبو داود أنه خطب وقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده واني خشيت أن يطول بالناس زمان فيقول قائل لا نجد الرجم الحديث وقال لولا أن يقال ان عمر زاد في الكتاب لكتبتها على حاشية المصحف وفي الحديث المعروف أي المشهور المروي من حديث عثمان وعائشة وأبي هريرة وابن مسعود وفي الصحيحين من حديث ابن مسعود لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس

وقوله (كما اذا وجب بالشهادة) يعني أن الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذا لا يبطل بانكاره بعد الاقرار لانهما حجتان فيه فتعتبر احداهما بالاخرى فصار كالقصاص وحد القذف لا يقبلان الرجوع بعد الثبوت بالاقرار وقوله (فتتحقق الشبهة في الاقرار) يعني بالتعارض الواقع بين الخبرين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لاحدهما وقوله (وهذا قريب من الاول في المعنى) أي قوله لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها في المعنى من حيث ان كل واحد منهما تلقين للرجوع كأنه لو قال في كل واحد منهما نعم سقط الحد

﴿فصل في كيفية الحد واقامته﴾ ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحد لان اقامة الحد بعد وجوبه وقوعا فأخره ذكرا وكلامه واضح

وعلى هذا اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم قال (ويخرجه الى أرض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس) كذا روى عن على رضى الله تعالى عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان فى بداءته احتيال للدرء وقال الشافعى رحمه الله لا تشترط بداءته اعتبارا بالجلد قلنا كل أحد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف

بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة وروى الترمذى عن عثمان أنه أشرف عليهم يوم الدار وقال أنشدكم بالله أتعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان وارتداد بعد اسلام وقتل نفس بغير حق قالوا اللهم نعم قال فعلام تقتلونى الحديث قال الترمذى حديث حسن ورواه الشافعى فى مسنده عن عثمان لا يحل دم امرئ مسلم الا من احدى ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس ورواه البزار والحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين والبيهقى وأبو داود والدارمى وأخرجه البخارى عن فعله صلى الله عليه وسلم من قول أبى قلابة حيث قال والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا قط الا فى ثلاث خصال رجل قتل بجريرة نفسه فقتل ورجل زنى بعد احصان ورجل حارب الله ورسوله وارتد عن الاسلام ولا شك فى رجم عمر وعلى رضى الله عنهما ولا يخفى أن قول المخرج حسن أو صحيح فى هذا الحديث يراد به المتن من حيث هو واقع فى خصوص ذلك السند وذلك لا ينافى الشهرة وقطعية الثبوت بالتظافر والقبول والحاصل أن انكاره انكار دليل قطعى بالاتفاق فان الخوارج يوجبون العمل بالمتواتر معنا أو لفظا كسائر المسلمين الا أن انحرافهم عن الاختلاط بالصحابة والمسلمين وترك التردد الى علماء المسلمين والرواة أوقعهم فى جهالات كثيرة لخفاء السمع عنهم والشهرة ولذا حين عابوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لانه ليس فى كتاب الله ألزمهم بأعداد الركعات ومقادير الزكوات فقالوا ذلك لانه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون فقال لهم وهذا أيضا فعله هو والمسلمون (قوله ويخرجه الى أرض فضاء) لان فى الحديث الصحيح قال فرجمناه يعنى ماعزا بالمصلى وفى مسلم وأبى داود فانطلقنا به الى بقيع الغرقد لان المصلى كان به لان المراد مصلى الجنائز فيتفق الحديثان وأما ما فى الترمذى من قوله فأمر به فى الرابعة فأخرج الى الحرة فرجم بالحجارة فان لم يتأول على أنه اتبع حين هرب حتى أخرج الى الحرة والا فهو غلط لان الصحاح والحسان متظافرة على أنه انما صار اليها هاربا لا أنه ذهب به اليها ابتداء ليرجم بها ولان الرجم بين الجدران يوجب ضررا من بعض الناس لبعض للضيق (قوله ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس) وهذا شرط حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ولا يحدون هم لان امتناعهم ليس صريحا فى رجوعهم ولو كان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وان كان بحق كما نراه فى المشاهد من امتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال للاكل والاضحية بل ومن حضور ذبحها فكان امتناعهم شبهة فى درء الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة فى امتناع الحد عنهم وقيل يحدون والاول رواية المبسوط وقال الشافعى رحمه الله ليس شرطا اعتبارا بالجلد يعنى اذا ثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لا يشترط فى اقامة الحد ابتداء الشهود وأجاب المصنف بالفرق بأن الجلد لا يحسنه كل أحد فقد يقع لعدم الخبرة مهلكا وهو غير مستحق بخلاف الرجم فان المقصود منه الاهلاك فلا يلزم من عدم اشتراط ابتدائهم بالجلد عدمه فى الرجم وهذا دفع لالحاقه وأما اثبات المذهب فبقول على رضى الله عنه بناء على وجوب تقليد الصحابى فان قوله فى ذلك ليس مما يدرك بالعقل معناه ليحمل على السماع لانه علله بأن امتناعهم دلالة الرجوع فان الشاهد قد يتساهل فى الاداء فعند مباشرة القتل يتعاظم ذلك فيندفع الحد بتحقق هذه الدلالة وهذا هو قول المصنف لانه

دلالة

الى أن الحد فى الزنا الجلد ليس الا لانهم لا يقبلون اخبار الآحاد وذلك خرق منهم للاجماع على أن حديث ماعز مشهور تلقته الامة فى الصدر الاول بالقبول والزيادة على الكتاب بمثله جائزة

(قوله وعلى هذا الى قوله على أن حديث ماعز رضى الله عنه) أقول فى المبسوط أما الرجم فهو حد مشروع فى حق المحصن ثابت بالسنة الا على قول الخوارج فانهم ينكرون الرجم لانهم لا يقبلون الاخبار اذا لم تكن فى حيز التواتر اه فالشارح ان أراد بقوله على أن حديث ماعز الخ الرد على الخوارج كما هو الظاهر ففيه بحث لا يخفى (قال المصنف ويبتدئ الشهود برجمه الخ) أقول فى المبسوط لكنا نستدل بحديث على كرم الله وجهه فانه لما أراد أن يرجم شراحة الهمدانية قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فرجم العلانية أن يشهد على المرأة ما فى بطنها وتعترف بذلك فيبدأ به الامام ثم الناس ورجم السر أن يشهد أربعة على الرجل بالزنا فيبدأ الشهود ثم الامام ثم الناس اه وفى محيط السرخسى بعد هذا الكلام وقول الصحابى فيما لا يدرك بالقياس حجة بالاجماع اه

دلالة الرجوع وقول بعضهم انه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتماله شبهة الشبهة وبها
لا يندرئ الحد على ما عرف وسيأتي انما يصح بناء على أن الامتناع من الابتداء ليس ظاهرا في الرجوع
بل يحتمله احتمالا مرجوحا فان الغالب على الناس خور الطباع عن القتل حتى يمتنع كثير عن ذبح
المباح كالاضحية والدجاجة فكيف بالاعلى فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهرا في الرجوع بل ظاهر فيما
هو الغالب وهو عدم قتل الانسان فكان في الامتناع شبهة الرجوع لا دلالته وهو غلط لانا لم نشترط
الابتداء بقتله بل برميه حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه
لكنه دليل فيه شبهة فانه امارة لا يقطع بوجود المدلول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع
فيه شبهة والرجوع الذي فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله لا يقال احتمال الرجوع
رجوع والرجوع شبهة لان الثابت شبهة في الشهادة لا شبهة الشبهة فيها وحين لزم كون الثابت
بالامتناع رجوعا فيه شبهة كان الثابت قذفا فيه شبهة بخلاف صريح الرجوع فان به يظهر أن تلك
الشهادة قذف بلا شبهة فيحد به هنالك ولا يحد بدلالة الرجوع اذا لم تكن دلالة قطعية يوجد معها المدلول
قطعا لثبوت الشبهة في القذف على ما ذكرنا وأما ثبوت ذلك عن علي رضي الله عنه فما أخرج ابن
أبي شيبة رحمه الله قال حدثنا عبد الله بن ادريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن عليا كان اذا
شهد عنده الشهود على الزنا أمر الشهود أن يرجموا ثم يرجم هو ثم يرجم الناس فاذا كان باقرار بدأ هو
فرجم ثم رجم الناس بعده قال وحدثنا أبو خالد الاحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد عن عبد الرحمن بن
عبد الله بن مسعود عن علي رضي الله عنه قال أيها الناس ان الزنا زنا آن زنا السر وزنا العلانية
فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمي ثم الامام ثم الناس وزنا العلانية أن يظهر
الحبل أو الاعتراف فيكون الامام أول من يرمي قال وفي يده ثلاثة أحجار فرماها بحجر فأصاب صدغها
فاستدارت ورمى الناس بعده وروى الامام أحمد في مسنده عن الشعبي قال كان لشراحة زوج
غائب بالشام وانها حبلت فجاء بها مولاها فقال ان هذه زنت فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم
الجمعة وحفر لها الى السرة وأنا شاهد ثم قال ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان
شهد على هذه أحد لكان أول من يرمي الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها أقرت فأنا أول من
رميها فرماها بحجر ثم رماها الناس ورواه البيهقي عن الاجلح عن الشعبي عن علي وفيه أنه قال لها لعله
وقع عليك وأنت نائمة قالت لا قال فلعله استكرهك قالت لا قال فأمر بها فحبست فلما وضعت
ما في بطنها أخرجها يوم الخميس فضربها مائة وحفر لها يوم الجمعة في الرحبة وأحاط الناس بها الحديث
وفيه أيضا أنه صفهم ثلاث صفوف ثم رجمها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف ثم صف وأورد أن اثبات
اشتراط البداءة بهم زيادة على النص بما هو دون خبر الواحد واصلاح الايراد أنه تقييد للقطعي المطلق
فكان كتقييده مطلق الكتاب به والجواب أن الحكم القطعي هنا هو مجموع وجوب الرجم ودرئه
بالشبهة فاذا دل دليل ظني على أن البداءة شرط لزم أن عدمها شبهة فيندرئ به الحد بحكم القطع بوجوب
درء هذا الحكم القطعي بالشبهة وموت الشهود يسقط ٣ أو أحدهم وكذا اذا غابوا أو غاب أحدهم في
ظاهر الرواية وهو احتراز عن رواية عن أبي يوسف أن بداءتهم مستحبة لا مستحقة فاذا امتنعوا أو غابوا أو
ماتوا يقيم الحد وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن أهلية الشهادة كما لو ارتد أحدهم أو عمي أو
خرس أو فسق أو قذف فحد لا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء أو بعده قبل اقامة الحد لان الامضاء من
القضاء في الحدود وهذا اذا كان محصنا وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي يقام عليه الحد في الموت
والغيبة ولو كان أحدهم مقطوع اليدين أو مريضا لا يستطيع الرمي وحضروا يرمي القاضي ولو قطعت
بعد الشهادة امتنعت الاقامة وقد يقال اذا كان شرطا ففوات الشرط كيف كان يمنع المشروط

وقوله (فان امتنع الشهود) قال في الايضاح ولو امتنع الشهود أو بعضهم أو كانوا غيبا أو ماتوا أو مات بعضهم أو عمي بعضهم أو خرس أو جن أو ارتد أو قذف فحد لم يرجم المشهود عليه في قول أبي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبي يوسف وروى عنه انهم اذا امتنعوا أو غابوا رجم الامام ثم الناس وكذا في الذخيرة أيضا فعلى هذا ما قيده بظاهر الرواية راجع الى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور الخ وليس بمختص بقوله وكذا اذا ماتوا أو غابوا واذا سقط بامتناع أحدهم هل يحد الشهود أولا ذكر في المبسوط أنه لا يقام الحد على الشهود لانهم ثابتون على الشهادة وانما امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة على الزنا ﴿ واعلم أن ظاهر الرواية يفضي الى اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فتأمل والغامدية امرأة من غامد حي من الازد وفي حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له

(فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد) لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا أو غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط (وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس) كذا روي عن علي رضي الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا

وأيضا عجزهم بالضعف ليس فوق عجزهم بالموت الا أن شمس الائمة فرق بأنهم اذا كانوا مقطوعي الايدي لم تستحق البداءة بهم وأما ههنا فقد استحقت فاذا تعذر بالموت أو الغيبة صار كما لو امتنعوا وهذا تقييد لشرطيته بكون الشهود قادرين على الرجم ولا شك أن المعنى المسقط يجمعها ومما يبطل الشهادة ويسقط الحد أن يعترف المشهود عليه بالزنا قبل القضاء بالاتفاق ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة مرة يسقطه أبو يوسف لان سقوطه في الوجه الاول كان لان شرط الشهادة عدم الاقرار ففات الشرط قبل العمل بها وقد علم أن الامضاء من القضاء في الحدود فكان كالاول وخالف محمد رحمه الله (قوله وان كان مقرا يبدأ الامام ثم الناس) كذا روي عن علي رضي الله عنه وهو ما ذكرناه آنفا وقوله ورمى عليه الصلاة والسلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة رواه أبو داود عن زكريا بن عمران قال سمعت شيخا يحدث عن أبي بكرة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية فحفر لها الى السرة ثم ذكر اسنادا آخر وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ثم قال ارموا واتقوا الوجه فلما طفئت أخرجها وصلى عليها ورواه النسائي والطبراني والبزار وفيه مجهول وأنت تعلم أنه لو تم أمر هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط فالمعول عليه ما ذكرنا من كلام علي رضي الله عنه واعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الامام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتف برجم ماعز فان القطع بأنه عليه الصلاة والسلام لم يحضره بل رجمه الناس عن أمره عليه الصلاة والسلام ويمكن الجواب بأن حقيقة ما دل عليه قول علي أنه يجب على الامام ان يأمرهم بالابتداء اختبار الثبوت دلالة الرجوع وعدمه وان يبتدئ هو في الاقرار لينكشف للناس انه لم يقصر في أمر القضاء بان لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد فاذا امتنع حينئذ ظهرت أمارة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة تقصيره في القضاء وهي دارئة فكان البداءة في معنى الشرط اذ لزم عن عدمه العدم لا انه جعل شرطا بذاته وهذا في حقه عليه الصلاة والسلام منتف فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد اذا لم يبدأ ﴿ واعلم ﴾ أن مقتضى ما ذكر أنه لو بدأ الشهود فيما اذا ثبت بالشهادة يجب أن يثني الامام فلو لم يثن الامام يسقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما قالوا ويستحب لكل من رجم أن يقصد قتله لانه المقصود ولانه تيسير عليه الا أن يكون ذا رحم محرم

(قوله واحدى الروايتين عن أبي يوسف) أقول ولم يذكر عن أبي يوسف رواية غير هذه (قوله فعلى هذا ما قيده بظاهر الرواية الخ) أقول في المبسوط وعن أبي يوسف قال يؤمر الشهود بالبداية اذا كانوا حاضرين حتى اذا امتنعوا لا يقام الرجم فاذا ماتوا أو غابوا يقام الرجم هنا لانه قد تعذر البداية بهم بسبب لا يلحقهم فيه تهمة فلا يمتنع اقامة الرجم كما لو كانوا مقطوعي الايدي أو مرضى أو عاجزين عن الحضور بخلاف ما لو امتنعوا لانهم صاروا متهمين بذلك ولكنا نقول حين كانوا مقطوعي الايدي في الابتداء لم يستحق البداية بهم لتعذر فأما ههنا فقد استحق البداية بهم لتيسر ذلك عند الحكم فاذا تعذر ذلك بالموت أو الغيبة لا يقام الحد كما لو تعذر باستناعهم اه ونحن نقول فعلى هذا التقييد بظاهر الرواية مختص بقوله وكذا اذا ماتوا أو غابوا منه

كما هو الظاهر المتبادر من كلامه اقتداء بما في المبسوط (قوله واعلم أن ظاهر الرواية يفضي الى اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فتأمل) أقول في صورة الموت والغيبة احداهما شبهة الامتناع عن البداءة والثانية كون الامتناع رجوعا فليتأمل وفي محيط السرخسي وروى عن محمد لو كان الشهود مقطوعي الايدي أو مرضى لا يستطيعون الرمي فان الامام يرمي ثم الناس لان فوات البداية باعتبار عذر ظاهر لا يورث تهمة بخلاف الموت والغيبة لانه من الجائز أن لو كان حيا فعرض عليه الرمي يمتنع عن ذلك اه الا أن المفهوم من قول المصنف لفوات الشرط خلاف ما ذكره الشارح (قوله وفي حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له) أقول يعني المكاس وهو العشار والمكس ما أخذه

(ويغسل ويكفن ويصلى عليه) لقوله عليه السلام فى ماعز اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبى عليه السلام على الغامدية بعد مارجمت (وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة) لقوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا أنه انتسخ فى حق المحصن فبقى فى حق غيره معمولا به

منه فلا يقصده ويكتفى بغيره فيه (قوله ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم فى ماعز اصنعوا به الحديث) وروى ابن أبى شيبة عن أبى معاوية عن أبى حنيفة عن علقمة بن مرثد عن أبى بريدة عن أبيه بريدة قال لما رجم ماعز قالوا يارسول الله ما نصنع به قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلاة عليه وأما صلاته عليه الصلاة والسلام على الغامدية فأخرجه الستة الا البخارى من حديث عمران بن الحصين ان امرأة من جهينة أتت النبى صلى الله عليه وسلم وهى حبلى من الزنا فقالت يانبى الله أصبت حدا فأقمه على الحديث بطوله الى أن قال فأمر بها فرجمت ثم صلى عليها فقال له عمر أتصلى عليها يانبى الله وقد زنت فقال لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت توبة أفضل من أنها جاءت بنفسها لله وفى صحيح البخارى من حديث جابر فى أمر ماعز قال ثم أمر به فرجم وقال له النبى صلى الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه قال ابن القطان قيل للبخارى قوله وصلى عليه قاله غير معمر قال لا ورواه الترمذى وقال حسن صحيح ورواه غير واحد منهم أبو داود وصححوه وأما مارواه أبو داود من حديث أبى برزة الاسلمى أنه صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه ففيه مجاهيل فان فيه عن أبى بشر أنه قال حدثنى نفر من أهل البصرة عن أبى برزة نعم حديث جابر فى الصحيحين فى ماعز وقال له خيرا ولم يصل عليه معارض صريح فى صلاته عليه لكن المثبت أولى من النافى لكن على أصول الحنفية وهو ان النفى اذا كان من جنس ما يعرف بدليل يساوى الاثبات ويطلب الترجيح بغيره لا ينتهض لان هذا النفى وهو كونه لم يصل عليه من ذلك اذ لا شك أن الصحابى اذا شهد الصلاة بتمامها يعلم عدم صلاته عليه عليه الصلاة والسلام أو صلاته فيطلب الترجيح بغير ذلك وعن هذا ذهب مالك الى أنه يصلى عليه غير الامام والحاصل أن الصلاة عليه شرعا لا شك فيها فانه مسلم قتل بحق فيغسل ويصلى عليه كالمقتول قصاصا بخلاف الشهيد فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهدا له ولاظهار زيادة تشريفه بقيام أثر الشهادة يوم القيامة وأما أنه عليه الصلاة والسلام صلى على ماعز ففى حيز التعارض والغامدية من بنى غامد حى من الازد قاله المبرد فى الكامل وفى كتاب أنساب العرب غامد بطن من خزاعة وقد سمعت فى حديث عمران بن الحصين أن امرأة من جهينة (قوله وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وانما قدم الزانية مع ان العادة عكسه لانها هى الاصل اذ الداعية فيها أكثر ولولا تمكينها لم يزن وهذا عام فى المحصن وغيره نسخ فى حق المحصن قطعا ويكفينا فى تعيين الناسخ القطع برجم النبى صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهو أولى من ادعاء كون الناسخ الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم لعدم القطع بثبوت كونها قرآنا ثم انتساخ تلاوتها وان ذكرها عمر وسكت الناس فان كون الاجماع السكوتى حجة مختلف فيه وبتقدير حجيته لا يقطع بان جميع المجتهدين من الصحابة كانوا اذ ذاك حضورا ثم لا شك ان الطريق فى ذلك الى عمر ظنى ولهذا والله أعلم قال على رضى الله عنه فيما ذكرناه عنه ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسبه الى القرآن المنسوخ التلاوة وعرف من قوله ذلك أنه قائل بعدم نسخ عموم الآية فيكون رأيه ان الرجم حكم زائد فى حق المحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به ويستدل له بقوله عليه الصلاة

انتسخ فى حق المحصن بآية أخرى نسخت تلاوتها وبقى حكمها روى ابن عباس أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه خطب فقال ان الله بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده وانى خشيت ان طال بالناس الزمان أن يقول قائل ما نجد آية الرجم فى كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله عز وجل فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت البينة أو كان حمل أو اعتراف وايم الله لولا أن يقول الناس زاد عمر فى كتاب الله لكتبتها بيده الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم وكانت خطبته هذه بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكأن هذه الآية نسخت حكم عموم قوله تعالى فاجلدوا فى غير المحصن وانتسخت تلاوتها بصرفها عن القلوب لحكمة يعلمها الله

(قوله فكأن هذه الآية نسخت عموم قوله تعالى فاجلدوا فى غير المحصن) أقول فيه بحث والصواب فى المحصن فتأمل

قال (يأمر الامام بضربه بسوط لاثمرة له ضربا متوسطا) لان عليا رضى الله عنه لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثانى عن المقصود وهو الانزجار (وتنزع عنه ثيابه) معناه دون الازار لان عليا رضى الله عنه كان يأمر بالتجريد فى الحدود ولان التجريد أبلغ فى ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة فى الضرب وفى نزع الازار كشف العورة فيتوقاه (ويفرق الضرب على أعضائه) لان الجمع فى عضو واحد قد يفضى الى التلف والحد زاجر لا متلف قال (الا رأسه ووجهه وفرجه) لقوله عليه السلام للذى أمره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن فوات شئ منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا

والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وفى رواية أبى داود ورمى بالحجارة وسيأتى الكلام عليه (قوله بسوط لاثمرة له ضربا متوسطا) قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعار من واحدة ثمر الشجر وفى الصحاح وغيره عقد اطرافه ورجح المطرزى ارادة الاول هنا لما ذكر الطحاوى ان عليا جلد الوليد بسوط له طرفان أربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين وفى الايضاح ما يوافقه قال ينبغى أن لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين وفى الدراية لكن المشهور فى الكتب لا ثمرة له أى لا عقدة عليه وقول المصنف فى الاستدلال عليه لان عليا لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته لا يحتمل الوجه الاول أصلا بل أحد الامرين اما العقدة واما تليين طرفه بالدق اذا كان يابسا وهو الظاهر وروى ابن أبى شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسى عن أنس ابن مالك قال كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلنا له فى زمن من كان هذا قال فى زمن عمر بن الخطاب والحاصل أن المراد أن لا يضرب به وفى طرفه يبس لانه حينئذ يجرح أو يبرح فكيف اذا كان فيه عقدة ويفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن أبى كثير أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى أصبت حدا فاقمه على فدعا عليه الصلاة والسلام بسوط فأتى بسوط شديد له ثمرة فقال سوط دون هذا فأتى بسوط مكسور لين فقال سوط فوق هذا فأتى بسوط بين سوطين فقال هذا فأمر به فجلد ورواه ابن أبى شيبة عن زيد بن أسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بسوط فذكره وذكره مالك فى الموطا والحاصل أن يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة وبمعنى الفرع الذى يصير ذنبين تعميما للمشترك فى النفى لانه عين العدد مائة ولو تجوز بالثمرة فيما يشمل العقدة ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا كان أولى فانه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير متوسطا (قوله بين الموجع وغير المؤلم) فيكون مؤلما غير موجع فلزم انه أراد بالموجع المبرح والالم يستقم ووجه هذا ظاهر ولو كان الرجل الذى وجب عليه الحد ضعيف الخلقة نخيف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله (قوله وتنزع عنه ثيابه) الا الازار ليستر عورته وبه قال مالك وقال الشافعى وأحمد يترك عليه قميص أو قميصان لان الامر بالجلد لا يقتضى التجريد وقول المصنف لان عليا كان يأمر بالتجريد فى الحدود زاد عليه شارح الكنز فقال صح ان عليا كان يأمر بالتجريد فى الحدود فأبعد عما قال المخرج انه لم يعرف عن على بل روى عنه خلافه وروى عبد الرزاق بسنده عنه انه أتى برجل فى حد فضربه وعليه كساء قسطلانى قاعدا وأسند الى المغيرة بن شعبة فى المحدود أينزع عنه ثيابه قال لا الا أن يكون فروا أو محشوا وأسند عن ابن مسعود لا يحل فى هذه الامة تجريد ولا مد (قوله ويفرق الضرب على أعضائه) لان جمعه فى عضو واحد قد يفسده واستثنى الرأس والوجه والفرج وذكر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال للذى أمره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولم يحفظه المخرجون مرفوعا بل موقوفا على على رضى الله عنه انه أتى برجل سكران أو فى حد فقال

قوله (بسوط لاثمرة له) قال فى الصحاح ثمر السياط عقد أطرافها ومنه يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له يعنى العقدة وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه لانه اذا كان له ذلك تصير الضربة ضربتين وهذا أصح لما روى أن عليا رضى الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان وفى رواية له ذنبان أربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين والاول هو المشهور فى الكتب والمبرح مأخوذ من برحاء الحمى وغيرها يقال برح به الامر تبريحا أى غلظ عليه واشتد والمذاكير جمع الذكر الذى هو العضو وهو جمع على خلاف القياس كأنهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذى هو الفحل وبين الذكر الذى هو العضو وانما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع افراد قرينه وهو الوجه لانه أراد به ذلك العضو المعين وما حوله كقولهم شابت مفارق رأسه كذا فى الصحاح

(قوله وهذا أصح لما روى الخ) أقول فيه بحث اذ لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه أصلا كما لا يخفى

اضرب

وقال أبو يوسف رحمه الله يضرب الرأس أيضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول أبي بكر اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تأويله أنه قال ذلك فيمن أبيح قتله ويقال انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق

اضرب وأعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير رواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما وسعيد بن منصور وقال ابن المنذر وثبت عن عمر بن الخطاب أنه قال وقد أتي برجل اضرب واعط كل عضو حقه قال روينا هذا القول عن علي وابن مسعود والنخعي رضي الله عنهم ولا شك أن معنى ماذكره المصنف في الصحيحين من حديث أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال اذا ضرب أحدكم فليتق الوجه والمذاكير ولا شك أن هذا ليس مرادا على الاطلاق لانا نقطع ان في حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لأحد ضرب وجه من يبارزه وهو في مقابلته حالة الحملة لا يكف عنه اذ قد يمتنع عليه بعد ذلك ويقتله فليس المراد الامن يضرب صبرا في حد قتلا أو غير قتل وفي القتل صريح ما تقدم من رواية أبي داود من حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام رجم امرأة فحفر لها الى الثندوة ثم قال ارموا واتقوا الوجه وحينئذ فلا شك أن قول عمر وعلي رضي الله عنهما أعط كل عضو حقه كماذكره ابن المنذر هكذا مقتصرا عليه عام مخصوص لانهما لا يريدان قطعا ضرب الوجه والمذاكير ولما كان ذلك معلوما لم يحتج الى ذكر المخصوص على أنه ذكر في رواية غيره عن علي رضي الله عنه كما حكيناه آنفا وبما سمعته تعلم أن ما أورده المصنف دليل على بعض المطلوب والبعض الآخر وهو ضرب الرأس ملحق بالمعنى الذي ذكره وهو أنه مجمع الحواس الباطنة فربما تفسد وهو اهلاك معنى وهذا من المصنف ظاهر في القول بان العقل في الرأس الا أن يؤول وهي مختلفة بين الاصوليين وما قيل في المنظومة والكافي ان الشافعي رحمه الله يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية البينة والا حد في ظهرك غير ثابت في كتبهم بل الذي فيها كقولنا وانما تلك رواية عن مالك انه خص الظهر وما يليه وأجيب بان المراد بالظهر نفسه أي حد عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وما استنبطناه من قوله صلى الله عليه وسلم اذا ضرب أحدكم فليتق الوجه وانه في نحو الحد فما سواه داخل في الضرب ثم خص منه الفرج بدليل الاجماع وعن محمد رحمه الله في التعزير يضرب الظهر وفي الحدود الاعضاء والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرقوا في جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قالوا ذكران وذكورة وذكارة وبمعنى العضو ثم جمعه باعتبار تسمية ماحوله من كل جزء ذكرا كما قالوا شابت مفارقه وانما له مفرق واحد (قوله وقال أبو يوسف يضرب الرأس ضربة واحدة رجع اليه) بعد أن كان أولا يقول لا يضرب كما هو المذهب لحديث أبي بكر الذي ذكره ورواه ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم ان أبا بكر رضي الله عنه أتي برجل انتفى من أبيه فقال اضرب الرأس فان فيه شيطانا والمسعودي مضعف ولكن روى الدارمي في مسنده عن سليمان بن يسار أن رجلا يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن متشابه القرآن فأرسل اليه عمر وأعد له عراجين النخل فقال له من أنت فقال أنا عبد الله صبيغ فأخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال أنا عبد الله عمر وجعل يضربه حتى دمي رأسه فقال يا أمير المؤمنين حسبك فقد ذهب الذي كنت أجد في رأسي وهذا ينافي جواب المصنف بان ذلك كان في مستحق القتل ولو قلنا ان واقعة أبي بكر رضي الله عنه كانت فيه فان ضرب عمر الرأس كان لرجل مسلم وكذا ضرب أبي بكر للذي انتفى من أبيه هذا واستثنى بعض المشايخ وهو رواية عن أبي يوسف أيضا الصدر والبطن وفيه نظر بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عددا يسيرا لا يقتل في البطن فكيف بالصدر نعم اذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا في

وقوله (من دعاة الكفرة) الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض أي كان يدعو الناس اليهم

(ويضرب فى الحدود كلها قائما غير ممدود) لقول على رضى الله عنه يضرب الرجال فى الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام أبلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد أن يلقى على الارض ويمد كما يفعل فى زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق (وان كان عبدا جلده خمسين جلدة) لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت فى الاماء ولأن الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى الى التغليظ (والرجل والمرأة فى ذلك سواء) لان النصوص تشملهما (غير أن المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو) لان فى تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان (وتضرب جالسة) لما روينا

بيوت الظلمة ينبغى أن لا يضرب البطن (قوله ويضرب فى الحدود كلها) وكذا التعزير (قائما غير ممدود لقول على رضى الله عنه الخ) روى عبد الرزاق فى مصنفه قال أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن على رضى الله عنه قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة فى الحدود (ولان مبنى الحد على التشهير) زجر العامة عن مثله (والقيام أبلغ فيه) والمرأة مبنى أمرها على الستر فيكتفى بتشهير الحد فقط بلا زيادة (وقوله غير ممدود قيل المد أن يلقى على الارض كما يفعل فى زماننا وقيل أن يمد السوط بأن يرفعه الضارب فوق رأسه وقيل أن يمده بعد وقوعه على جسد المضروب على الجسد) وفيه زيادة ألم وقد يفضى الى الجرح (وكل ذلك لا يفعل) فلفظ ممدود معمم فى جميع معانيه لانه فى النفى فجاز تعميمه وان امتنع الرجل ولم يقف ويصبر لا بأس بربطه على اسطوانة أو يمسك (قوله وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت فى الاماء) وهو أيضا مما يعرف من أول الكلام ولا فرق بين الذكر والانثى بتنقيح المناط فيرجع به الى دلالة النص بناء على أنه لا يشترط فى الدلالة أولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفى فيه وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهى تغليب الذكور والنص عليهن فقط لان الكلام كان فى تزوج الاماء بقوله تعالى فمن لم يستطع منكم طولا الى قوله من فتياتكم المؤمنات ثم تمم حكمهن اذا زنين ولان الداعية فيهن أقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزانى فى الآية وهذا الشرط أعنى الاحصان لا مفهوم له فان على الارقاء نصف المائة أحصنوا أو لم يحصنوا وأسند أبو بكر الرازى عن أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل والقائلون بمفهوم المخالفة يجوزون أن لا يراد بدليل يدل عليه وروى مسلم وأبو داود والنسائى عن على قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم من أحصن ومن لم يحصن ونقل عن ابن عباس وطاوس أن لا حد عليها حتى تحصن بزوج وعلى هذا هو معتبر المفهوم الا أنه غير صحيح وقرئ اذا أحصن بالبناء للفاعل وتؤول على معنى أسلمن وحين ألزم سبحانه نصف ما على المحصنات اذا أحصن لزم أن لا رجم على الرقيق لان الرجم لا يتنصف ولان الرق منصف للنعمة فتنتقص العقوبة به لان الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى الى التغليظ ألا ترى الى قوله سبحانه وتعالى يا نساء النبى من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين (قوله والرجل والمرأة فى ذلك سواء) لشمول النصوص اياهما فان كان كل منهما محصنا رجم والا فعلى كل الجلد أو أحدهما محصنا فعلى المحصن الرجم وعلى الآخر الجلد وكذلك فى ظهور الزنا عند القاضى بالبينة أو الاقرار يكون على ما شرط وقوله غير أن المرأة الخ استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المرأة ثيابها الا المحشو والفرو (ولان فى تجريدها كشف العورة) لان بدنها كله عورة الا ما عرف ووجهه ظاهر (وتضرب) المرأة (جالسة لما روينا) يعنى

وقوله (لانه زيادة على المستحق) قالوا الا أن يعجزهم عن الضرب قائما فلا بأس حينئذ أن يشدوا بسارية ونحوها قال (وان كان عبدا أو أمة (جلده) أى ان كان من زنى عبدا أو أمة جلده الامام (خمسين جلدة لقوله تعالى) فان أتين بفاحشة (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت فى الاماء) ودخل تحت حكمها العبيد وهو خلاف المعهود لان المعهود أن تدخل النساء تحت حكم الرجال بطريق التبعية وكأن هذا الاسلوب والله أعلم بناء على ان أسباب السفاح فيهن ودعوتهن اليه غالبة كما فى تقديمهن فى قوله تعالى الزانية والزانى ثم العذاب المذكور فى الآية الجلد دون الرجم لانه لا يتنصف وقوله (لان الجناية عند توافر النعم أفحش) أصله قوله تعالى يا نساء النبى من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين وقوله (لما روينا) يعنى من حديث على رضى الله عنه يضرب الرجال فى الحدود قياما والنساء قعودا

ولانه أسترلها (وان حفر لها فى الرجم جاز) لانه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر على رضى الله تعالى عنه لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عليه الصلاة والسلام لم يأمر بذلك وهى مستورة بثيابها والحفر أحسن لانه أستر ويحفر الى الصدر لما روينا (ولا يحفر للرجل) لانه عليه السلام ماحفر لماعز ولان مبنى الاقامة على التشهير فى الرجال والربط والامساك غير مشروع (ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام) وقال الشافعى له أن يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل أولى لانه يملك من التصرف فيه مالا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام أربع الى الولاة وذكرمنها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها إخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد

من كلام على (ولانه أسترلها) (قوله وان حفر لها فى الرجم جاز) لهذا ولذلك حفر عليه الصلاة والسلام للغامدية الى ثندوتها والثندوة بضم الثاء والهمزة مكان الواو وبفتحها مع الواو مفتوحة والدال مضمومة فى الوجهين ثدى الرجل أولحم الثديين وماقيل الثدى للمرأة والثندوة للرجل هو غير صحيح بحديث الذى وضع سيفه بين ثدييه (ولذا حفر على لشراحة الهمدانية) بسكون الميم وهى قبيلة كانت عيبة على وقد مدحهم وقال فى مديحه لهم فلو كنت بوابا على باب جنة * لقلت لهمدان ادخلى بسلام وتقدم حديث شراحة وفيه من رواية أحمد عن الشعبى أنه حفر لها الى السرة ثم قال المصنف (وان ترك الحفر لم يضره لان النبى صلى الله عليه وسلم لم يأمر بذلك) يعنى لم يوجبه بناء على أن حقيقة الامر هو الايجاب وقال انه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية ومعلوم أن ليس المراد الا أنه أمر بذلك فيكون مجازا عن أمره والا كانت مناقضة غريبة فان مثلها انما يقع عند بعد العهد أما معه فى سطر واحد فغريب وهو هنا كذلك والله الموفق (قوله ولا يحفر للرجل لانه عليه الصلاة والسلام لم يحفر لماعز) تقدم من رواية مسلم وتقدم من روايته أيضا من حديث بريدة الاسلمى أنه حفر له وهو منكر لمخالفته الروايات الصحيحة المشهورة والروايات الكثيرة المتظافرة (قوله ولان مبنى الحد على التشهير فى الرجال) لاحاجة الى التخصيص بل الحد مطلقا مبنى على التشهير غير أنه يزاد فى شهرته فى حق الرجل لانه لا يضره ذلك ويكتفى فى المرأة بالاخراج والاتيان بها الى مجمع الامام والناس وخصوصا فى الرجم وأما فى الجلد فقد قال تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين أى الزانية والزانى فاستحب أن يأمر الامام طائفة أى جماعة أن يحضروا اقامة الحد وقد اختلف فى هذه الطائفة فعن ابن عباس واحد وبه قال أحمد وقال عطاء واسحق اثنان وقال الزهرى ثلاثة وقال الحسن البصرى عشرة وعن الشافعى ومالك أربعة وأما قوله (والربط والامساك غير مشروع) فلما تقدم من قول ابن مسعود وليس فى هذه الامة تجريد ولا مد ولان ماعزا انتصب لهم قائما ولم يمسك ولم يربط الا أن لا يصبروا وأعياهم فحينئذ يمسك فيربط فاذا هرب فى الرجم فان كان مقرا لا يتبع وترك وان كان مشهودا عليه اتبع ورجم حتى يموت لان هربه رجوع ظاهر ورجوعه يعمل فى اقراره لا فى رجوع الشهود وذكر الطحاوى صفة الرجم أن يصفوا ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كلما رجمه صف تنحوا ولم يذكره فى الاصل بل فى حديث على فى قصة شراحة على ماقدمناه من رواية البيهقى عن الاجلح عن الشعبى وفيه أحاط الناس بها وأخذوا الحجارة قال ليس هكذا الرجم اذن يصيب بعضكم بعضا صفوا كصف الصلاة صفا خلف صف الى أن قال ثم رجمها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف ثم صف ولا يقام حد فى مسجد باجماع الفقهاء ولا تعزير الا ماروى عن مالك أنه لا بأس بالتأديب فى المسجد خمسة أسواط قال أبو يوسف أقام ابن أبى ليلى الحد فى المسجد فخطأه أبو حنيفة وفى الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشراءكم وبيعكم واقامة حدودكم وجمروها فى جمعكم وصفوا على أبوابها المطاهر ولانه لا يؤمن خروج النجاسة من المحدود فيجب نفيه عن المسجد (قوله ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام)

والثندوة بفتح الثاء والواو وبالضم والهمز مكان الواو والدال فى الحالتين مضمومة ثدى الرجل أولحم الثديين والهمدانية بسكون الميم منسوبة الى همدان بسكون الميم حى من العرب وقوله (لما روينا) يعنى من حديث الغامدية حيث حفر لها الى الثندوة وقوله (والربط والامساك غير مشروع) يعنى الا أن يعجزهم كما ذكرناه وقوله (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم أربع الى الولاة وذكر منها الحدود) رواه ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير والثلاثة الباقية الصدقات والجمعات والفىء وقوله (ولان الحدود حق الله تعالى) حق الله مشروع يتعلق به نفع العالم على الاطلاق والتنكير ليتناول مالنا وما علينا وقولى على الاطلاق لاخراج حق العبد فانه مشروع يتعلق به نفع العالم بالخصوص كحرمة مال الغير مثلا فانها حق العبد لتعلق صيانة ماله بها فلهذا يباح باباحة المالك ولا يباح الزنا باباحة المرأة ولا باباحة أهلها وتمام التقرير فيه مذكور فى التقرير

(قوله حق الله مشروع) أقول حق الله مبتدأ وقوله مشروع خبره

وقوله (واحصان الرجم) انما قيد الاحصان بالرجم احترازا عن احصان القذف فانه غير هذا على ما يجئ ان شاء الله. احصان الرجم مشروط بسبع شرائط (أن يكون حرا بالغا عاقلا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان) هذا على قول المتقدمين وأما المتأخرون فقد قالوا شرائط الاحصان على الخصوص منها شيآن الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هي مثله وهذا الشرط الثانى مركب من ثلاثة من ذلك وأما العقل والبلوغ فشرط لاهلية العقوبة لعدم الخطاب بدونهما وأما الحرية فشرط تكميل العقوبة بواسطة تكامل النعمة والمصنف وافق المتأخرين فى جعل العقل والبلوغ شرط الاهلية العقوبة وجعل الباقيــة شرطا لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة لان كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وتغلظه يستدعى أغلظ العقوبات

(قوله احصان الرجم مشروط الخ) أقول فيه نوع مخالفة لما فى الهداية (قوله بسبع شرائط أن يكون حرا الخ) أقول فيــه مسامحــة الا أن يحمل على حذف الجار (قال المصنف واحصان الرجم أن يكون حرا عاقلا مسلما بالغا قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا الخ) أقول وفى الجامع الرازى لا يشترط قيام النكاح لبقاء الاحصان كذا فى الفتاوى للتمرتاشى (قال المصنف ودخــل بها وهما على صفة الاحصان) أقول الجملة حال من الداخل والمــدخول بها ونظيره لقيت زيدا راكبين وفى المحيط وأما طريق ثبوت الاحصان فشيآن الاقرار والبينة اهـ وقال الامام التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير ولو ارتد المحصنان بطل احصانهما فان أسلما لم يكونا محصنين الا بجماع جديد وكذا الكافران يسلمان والمملوكان يعتقان وقد كان جامعها سبعة قبــل ذلك لم يكونا محصــنين فان جامعها بعــد العتق والاسلام يكونان محصنين لتحقق الشرط اهـ (قال المصنف والعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة الخ) أقول قال مولانا علاء الدين الاسود فى شرح الجامع الصغير قال الامام قاضيخان فى الجامع الصغير وانما يصير داخلا فى المحصن عن الزنا اذا توفرت عليه النعم الزواجر كالعقل فانه مانع عن ارتكاب كل ماله عاقبة ذميمة وكذلك الدين والحرية لان الحر يمتنع عن ذهاب ماء الوجه والعبد لا يبالى به وكذا البلوغ لان الصغير لقلة عقله قلما يقف على العواقب وكذلك الدخول فى النكاح بعد البلوغ لان به تقع الغنية عن الزنا فاذا اجتمعت الشرائط يصير محصنا اهـ

فيســتوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام أو نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبى وحق الشرع موضوع عنه قال (واحصان الرجم أن يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان) فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها

وقال الشافعى ومالك وأحمد يقيمه بلا اذن وعن مالك الا فى الامة المزوجــة واستثنى الشافعى من المولى أن يكون ذميا أو مكاتبا أو امرأة وهــل يجرى ذلك على العموم حتى لو كان قتلا بسبب الردة أو قطع الطريق أو قطعا للسرقة ففيــه خــلاف عنــدهم قال النووى الاصح المنصوص نعم لاطلاق الخبر وفى التهذيب الاصح أن القتل والقطع الى الامام لهم ما فى الصحيحين من حــديث أبى هريرة قال سئل رسول الله صــلى الله عليــه وســلم عن الامة اذا زنت ولم تحصــن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضــفير قال ابن شهاب لا أدرى أبعــد الثالثة أو الرابعــة والضــفير الحبــل وفى الســنن عنه عليــه الصــلاة والســلام أقيموا الحــدود على ما ملكت أيمانكم ولانه يملك تعزيره صــيانة لملكه عن الفساد فكذا الحد ولأن له ولاية مطلقــة عليــه حتى ملك منــه ما لا يملك الامام من التصرف فملكه للاقامة عليه أولى من الامام ولنا ما روى الاصحاب فى كتبهــم عن ابن مســعود وابن عباس وابن الزبير موقوفا ومرفوعا أربع الى الولاة الحــدود والصــدقات والجمعات والفئ ولان الحد خالص حق الله تعالى فلا يســتوفيه الا نائبه وهو الامام وهذا الاســتدلال يتوقف على صحــة هــذا الحديث وكونه حق الله فانما يســتوفيه نائبه مســلم ولكن الاستنابة تعرف بالسمع وقد دل على أنه استناب فى حقــه المتوجه منــه على الارقاء مواليهــم بالحديث السابق ودلالتــه على الاقامة بنفســه ظاهرة وان كنا نعلم أنه ليس المراد الاقامــة بنفســه فانه لو أمر به غــيره كان ممتثلا لجواز كون المــراد ذكره الامام ليأمر باقامتــه لكن ما لم يثبت المعارض المــذكور لا يجب الحمــل على ذلك بل عــلى الظاهــر المتبادر من قول القائل أقام فلان الحــد على فلان أو جلد فلان فلانا والمتبادر أنه باشره أو أمر به على أن المتبادر أحدا يرفعهما الا فى ثلاثة وهما هــذان مع رفعه الى الحاكم ليحدّه نعم من اســتقر اعتقاده على أن اقامــة الحــدود الى الامام فالمتبادر اليــه من ذلك اللفظ الاخــير بخصوصه (قوله واحصان الرجم أن يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخــل بها وهــما على صفة الاحصان) قيد باحصان الرجم لان احصان القذف غير هذا كما سيأتى والاحصان فى اللغة المنع قال تعالى لتحصنكم من بأسكم وأطلق فى اســتعمال الشارع بمعنى الاسلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية منــه أن ينكح المحصــنات وبمعنى التزويج وبمعــنى الاصابة فى النكاح وبمعنى العفة يقال أحصنت أى عفت وأحصــنها زوجها قال فى المبســوط المتقــدمون يقولون ان شرائط الاحصــان

وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ماورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأى متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة و يؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر أغلظ

سبعة وعدماذكرنا ثم قال فاما العقل والبلوغ فهما شرطا الاهلية للعقوبة والى ذلك أشار المصنف بقوله فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة والحرية شرط تكميل العقوبة لاشرط الاحصان على الخصوص وشرط الدخول ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب والثيابة لاتكون الا بالدخول اه واختلف فى اثنين من هذه الاسلام وسيذكره المصنف وكون كل واحد من الزوجين مساويا للآخر فى شرائط الاحصان وقت الاصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافا للشافعى حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل أمة أو صبية أو مجنونة أو كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا الدخول حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد أو مجنون أو صبى ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت ولو تزوج مسلم ذمية فاسلمت بعد ما دخل بها فقبل أن يدخل بها بعد الاسلام أى أن يطأها اذا زنى لا يرجم وكذا لو أعتقت الامة التى هى زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعد ما دخل بها لا يرجم لو زنى مالم يطأها بعد الاعتاق وعلى هذا لو بلغت بعد ما دخل بها وهى صغيرة وكذا لو كانت تحته حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانهما فاذا أسلما لا يعود احصانهما حتى يدخل بها بعد الاسلام وقولنا يدخل بها فى نكاح صحيح يعنى تكون الصحة قائمة حال الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا فلو دخل بها عقيبه لا يصير محصنا لوقوع الطلاق قبله ﴿ واعلم ﴾ أن الاضافة فى قولنا شرائط الاحصان ينبغى أن تكون بيانية أى الشرائط التى هى الاحصان وكذا شرط الاحصان والحاصل أن الاحصان الذى هو شرط الرجم هو الامور المذكورة فهى أجزاؤه وهو هيئة تكون باجتماعها فهى أجزاء علة وكل جزء علة فكل واحد حينئذ شرط وجوب الرجم والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالاحصان والشرط يثبت سمعا أو قياسا على ما اختاره فخر الاسلام وغيره لا يقال كما أن الحد لا يثبت قياسا فكذا شروطه لانا نقول بل يجب أن تثبت شروطه قياسا لان عدم جواز نفس الحد اما العدم المعقولية أو لانه لا يثبت بما ازدادت فيه شبهة واثبات الشرط احتيال للدرء لا للايجاب يبقى الشأن فى تحقيقه وقد أثبت المصنف شرط اتفاقهما فى صفة الاحصان مع غيره بقوله (وهذه الاشيا من جلائل النعم) فان من النعم كون كل من الزوجين مكافئا للآخر فى صفاته الشريفة ثم قال (وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به) أى باستجماعها واذا نيط بكلها يلزم ان ينتفى الحد بانتفاء كل منها ومن جملتها كون كل مثل الآخر فيلزم اشتراطه لظهور أثر وجود الشبهة فى درء الحد وعدم تماثلهما شبهة فى تصور الصارف فيندرئ به وبيانه ماذكر فى بيان كونها من جلائل النعم الصارفة عن الزنا بكمال اندفاع حاجته الى الوطء عندها فكونه بالغالان الصغير لاتكمل فيه رغبة الكبيرة وبالعكس وكذا المجنونة لا يرغب فيها بل هى محل نفرة الطباع وكذا ينفر المسلم عن صحبة من يفارقه فى دينه منه ومنها وكذا يرى الحر انحطاطا بتزوج الرقيق فلا تكمل الرغبة من الجانبين واذا ظهر تكامل الصارف وفيه تكامل النعمة كانت الجناية عندها أفحش فناسب كون العقوبة أغلظ فشرعت لذلك وهى الرجم عند استجماعها فنيط به أى بالاستجماع لها (بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ماورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأى ممتنع) ووجه عدم اعتبارهما فى تكميل العقوبة أنهما لا مدخل لهما فى تكميل الصارف ليس لهما حد معلوم ينضبطان به فلا تكون معتبرة وأما وجه اشتراط كونهما على صفة الاحصان عند الدخول فسنذكره

(وهذه الاشيا من جلائل النعم) فكفرانها يكون سببا لأفحش العقوبات وهو الرجم (١٣١) بالحجارة الى الموت ليكون ثبوت الحكم بقدر سببه وانحصر الشرائط على هذا العدد لان الرجم بالزنا قد شرع عند استجماعها فيناط بها والشرف والعلم والجمال والحسب وان كانت من جلائل النعم أيضا الا أن الشرع لم يرد باعتبارها (ونصب الشرع بالرأى متعذر) وقوله (ولان الحريه) دليل على الاقتصار على تلك الشرائط يتضمن أن لها مدخلا فى الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف وذلك لان الحرية (ممكنة من النكاح الصحيح) لان الحر يتولى أمور نفسه ليس تحت ولاية أحد (والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال) لامحالة (والدخول به شبع بالحلال والاسلام ممكن من نكاح المسلمة ومؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية عند توافر الزواجر أغلظ) ولقائل أن يقول فى العلم بأحوال الآخرة وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلا والعقوبة آجلا من الزواجر لامحالة والجمال فى المنكوحة مقنع للزوج عن النظر الى غيرها والشرف يردع عن لحوق معرة الزنا وعقابه فكان الواجب أن يكون من شرائطه والجواب أن المسلم الناشئ قلما يخلو عن العلم بما ذكرت والجمال والشرف

(قال المصنف ولان الحرية ممكنة) أقول ينبغى أن يتأمل فى تعيين المعطوف عليه لقوله ولان الحرية ممكنة

والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا أبو يوسف في رواية لهما ماروى أن النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن

وان كانتا من جلائل النعم وذلك هو المعتبر وأورد كيف يتصور كون الزوج كافرا وهي مسلمة كما يفيده ماذكر في نفرة المسلم وأجيب بان يكونا كافرين فتسلم هي فيطأها قبل عرض القاضي الاسلام عليه وإبائه ومالم يفرق القاضي بينهما باباءته هما زوجان (قوله والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام) أي في الاحصان (وكذا أبو يوسف في رواية) وبه قال أحمد وقول مالك كقولنا فلو زنى الذمي الثيب الحر يجلد عندنا ويرجم عندهم لهم ما في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر أن اليهود جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن امرأة منهم ورجلا قد زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شأن الزنا فقالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فأتوا بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها وما بعدها فقال له عبد الله ارفع يدك فرفع يده فاذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فأمر بهما النبي صلى الله عليه وسلم فرجما والذي وضع يده على آية الرجم عبد الله بن صوريا وأجاب المصنف بأنه انما رجمهما بحكم التوراة فانه سألهم عن ذلك أولا وان ذلك انما كان عندما قدم عليه الصلاة والسلام المدينة ثم نزلت آية حد الزنا وليس فيها اشتراط الاسلام في الرجم ثم نزل حكم الاسلام بالرجم باشتراطه الاحصان وان كان غير متلو وعلم ذلك من قوله صلى الله عليه وسلم من أشرك بالله فليس بمحصن رواه اسحق بن راهويه في مسنده أخبرنا عبد العزيز بن محمد حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أشرك بالله فليس بمحصن فقال اسحق رفعه مرة فقال عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقفه مرة ومن طريقه رواه الدارقطني في سننه وقال لم يرفعه غير اسحق بن راهويه ويقال انه رجع عن ذلك والصواب أنه موقوف قال في العناية ولفظ اسحق كما تراه ليس فيه رجوع وانما ذكر عن الراوي انه مرة رفعه ومرة أخرجه مخرج الفتوى فلم يرفعه ولاشك أن مثله بعد صحة الطريق اليه محكوم برفعه على ما هو المختار في علم الحديث من أنه اذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع وبعد ذلك اذا خرج من طرق فيها ضعف لم يضر وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد فالله أعلم به ومعناه رواه الدارقطني وابن عدي من حديث أبي بكر بن أبي مريم عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك انه أراد أن يتزوج بيهودية فقال له صلى الله عليه وسلم لا تتزوجها فانها لا تحصنك وضعف ابن أبي مريم وعلي بن أبي طلحة لم يدرك كعبا لكن رواه بقية بن الوليد عن عتبة بن تميم عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك وهو منقطع وأنت تعلم أن الانقطاع عندنا داخل في الارسال بعد عدالة الرواة وبقية قدمنا الكلام فيه أول هذا الشرح والله أعلم وعلى كل حال هو شاهد للحديث الاول فيحتج به ولا معنى لفصل المصنف بين هذا الحديث والحديث الاول بالفروع التي ذكرها وهما معا في غرض واحد وهو الاحتجاج على أبي يوسف ومن معه بل كان الوجه جمعهما ثم يقول هنا ماذكرنا ﴿ واعلم ﴾ أن الاسهل مما ادعى أن يقال حين رجمهما كان الرجم ثبتت مشروعيته في الاسلام وهو الظاهر من قوله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شأن الرجم ثم الظاهر كون اشتراط الاسلام لم يكن ثابتا والالم يرجمهم لانتساخ شريعتهم وانما يحكم بما أنزل الله اليه وانما سألهم عن الرجم في التوراة ليبكتهم بترك ما أنزل عليهم فحكم برجمهما بشرعه الموافق لشرعهم واذا لزم كون الرجم كان ثابتا في شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الاسلام وقد ثبت الحديث المذكور المفيد لاشتراط الاسلام وليس تاريخ

(والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا أبو يوسف في رواية) مستدلين بما روى مسندا الى ابن عمر رضي الله عنه أن اليهود جاؤا الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن رجلا منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شأن الزنا فقالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فأتوا بالتوراة فنشروها فجعل أحدهم يده على آية الرجم ثم جعل يقرأ ما قبلها وما بعدها فقال عبد الله بن سلام ارفع يدك فرفعها فاذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فيها آية الرجم فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما (قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده) ما روى أصحابنا في كتبهم عن ابن عمر (من أشرك بالله فليس بمحصن)

وقوله (والمعتبر فى الدخول ايلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل) لبيان ما يحصل به الاحصان من الجماع وفيه نظر لانه ينافى ما تقدم من قوله والاصابة بشبع بالحلال فان الشبع انما يكون بالانزال دون الايلاج عرف ذلك فى حديث رفاعة حيث قال صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوقى من عسيلته ويذوق من عسيلتك بالتصغير وقوله (وشرط صفة الاحصان فيهما) ظاهر وقيل كيف يتصور أن يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة وأجيب بأن صورته أن يكونا كافرين فأسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام عليه لانه مالم يفرق القاضى بينهما بالاباء عند عرض الاسلام فهما زوجان وقدمر (وأبو يوسف يخالفهما فى الكافرة) فى أن اسلام المنكوحة وقت الدخول بها شرط احصان الزانى فعنده ليس بشرط حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة يصير محصنا (والحجة عليه) أى على أبى يوسف (ماذكرناه) يعنى من قوله ولا ائتلاف مع الاختلاف فى الدين وقوله (وقوله عليه الصلاة والسلام) معطوف على قوله ماذكرناه (لاتحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد) ذكره شمس الائمة السرخسى مرسلا فى مبسوطه قال (ولا يجمع فى المحصن بين الجلد والرجم) وفى رواية عن أحمد يجمع بينهما لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال الثيب بالثيب جلد مائة ورمى بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما فى ماعز ولا فى الغامدية ولا الصحابة بعده وحديث عبادة بيان لقوله تعالى أو يجعل الله لهن سبيلا وحديث ماعز بعده فيكون ناسخا وقوله (ولان الجلد يعرى) ظاهر

والمعتبر فى الدخول ايلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لايكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهى حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك لا تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب فى الصبية لقلة رغبتها فيه وفى المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف فى الدين وأبو يوسف رحمه الله يخالفهما فى الكافرة والحجة عليه ماذكرناه وقوله عليه السلام لاتحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد قال (ولا يجمع فى المحصن بين الرجم والجلد) لانه عليه الصلاة والسلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم

يعرف به تقدم اشتراط الاسلام على عدم اشتراطه أو تأخره فيكون رجمه اليهوديين وقوله المذكور متعارضين فيطلب الترجيح والقول يقدم على الفعل وفيه وجه آخر وهو أن تقديم هذا القول يوجب درء الحد وتقديم ذلك الفعل يوجب الاحتياط فى ايجاب الحد والاولى فى الحدود ترجيح الدافع عند التعارض ولا يخفى أن كل مرجح فهو محكوم بتأخره اجتهادا ولقد طاح بهذا دفع بعض المعترضين (قوله والمعتبر فى الدخول) المحقق للاحصان (ايلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل) وهو بغيبوبة الحشفة فقط أنزل أو لم ينزل وقوله حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة الخ تقدم بيانه (قوله ولا يجمع فى المحصن بين الرجم والجلد) وهو قول مالك والشافعى ورواية عن أحمد ويجمع فى رواية أخرى عنه وأهل الظاهر الى أنه يجمع للجمهور أنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع وهذا على وجه القطع فى ماعز والغامدية وصاحبة العسيف وقد تظافرت الطرق عنه عليه الصلاة والسلام أنه بعد سؤاله عن الاحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الامر بالرجم فقال اذهبوا به فارجموه وقال اغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل فاجلدها ثم ارجمها وقال فى باقى الحديث فاعترفت فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت وكذا فى الغامدية والجهنية ان كانت غيرها لم يزد على الامر برجمها وتكرر ولم يزد أحد على ذلك فقطعنا بأنه لم يكن غير الرجم فقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم أو رمى بالحجارة يجب قطعا كونه منسوخا قال (ولان الجلد يعرى عن المقصود) وهو الانزجار أو قصد الانزجار لان القتل اذا كان لاحقا كان الجلد خلوا عن الفائدة الدنيوية التى شرع لها الحد والنسخ قد تحقق فى حق الزنا فانه كان أولا الاذى باللسان على ما أمر به تعالى من قوله واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ثم نسخ بالحبس فى حقهن بقوله تعالى واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم الى قوله فامسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا فانه كان قبل سورة النور لقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا

(قال المصنف والمعتبر فى الدخول ايلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل) أقول وتجوز الشهادة بالدخول بالتسامع ولا تمس الحاجة الى المعاينة كما سيجىء فى كتاب الشهادة (قوله فان الشبع انما يكون بالانزال) أقول الانزال لايمكن اثباته بشهود بخلاف الدخول فأقيم سببه المفضى اليه أكثريا مقامه فليتأمل (قال المصنف وفى المملوكة حذرا عن رق الولد) أقول هذا لا يجرى فيما اذا كانت الزوجة حرة والزوج مملوكا اذ الولد يتبع الام فى الحرية والرقية ولو قال وفى المملوكة لحقارتها ودناءتها لامكن التعميم كما لا يخفى (قوله والحجة عليه أى على أبى يوسف رحمه الله) أقول قال الاتقانى قوله والحجة عليه ماذكرناه أى الحجة على أبى يوسف قوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن اه وأنت خبير بفساده والصحيح ماذكره الشيخ أكمل الدين

وقوله (والشافعي يجمع بينهما حدا) أي في حد الزنا بني الرجل والمرأة جميعا (لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام) ولان التغريب من تمة الحد فكما أن الرجل والمرأة في حق الجلد سواء فكذلك في حق التغريب (ولان فيه) أي في التغريب (حسم مادة الزنا لقلة المعارف) أي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الاحباء والحبيبات لما أن الزنا انما ينشأ من الصحبة والمؤانسة والتغريب قاطع لذلك (ولنا قوله تعالى فاجلدوا واجعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء) ورجوعا نصب على المصدر ومعناه أن الفاء للجزاء واذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء دل استقراء كلامهم أنه هو الجزاء ألا ترى أنه اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة ليس بجزاء الشرط الا ما هو المذكور بعد الفاء وقوله (والى كونه كل المذكور) أي رجوعا الى كونه كل المذكور ومعناه أنه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة الى البيان فكان ما ذكره كل ما يحتاج اليه في البيان فلو بقي شئ يحتاج اليه ولم يبين لزم الاخلال في البيان في موضع الحاجة والعمل بالحديث الذي رواه نسخ الكتاب وهو لا يجوز وقوله (ولان في التغريب) ظاهر وقوله (ثم فيه) أي في التغريب (قطع مادة البقاء) يعني ما يحتاج اليه من المأكول والملبوس (فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا) لازدياد شهوة وقوله (وهذه الجهة مرجحة لقول علي) نقل بفتح الجيم وكسرها فوجه الفتح أن هذه الجهة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة قول علي لصحة ما قلناه ووجه الكسر أن الخصم ينكر صحة نقل قول علي فقال المصنف هذه الجهة من جهات العلل تؤيد صحة قول علي فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول كما في قوله تعالى والذين هم للزكاة فاعلون وفي الوجه الاول كانت للتعليل فان قيل الاصل أن ما يصلح علة لا يصلح مرجحا وهذه الجهة علة فكيف صلحت مرجحة أجيب بأن هذه الجهة ليست بمثبتة للحد بل هي نافية مع أن النفي ليس بحكم واجب في الحد فيصلح للترجيح في مثل هذا الموضع تذكر العلل موضحا بعضها بعضا وما أرى اختيار المصنف لفظ الجهة على لفظ العلة الا لهذا كذا في النهاية وقوله (والحديث) يعني قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام (منسوخ كشطره

كلام

لان نزجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة أقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه قال (ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي) والشافعي يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا واجعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء والى كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله تعالى عنه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره

والا لقال خذوا عن الله ولا يخفى أن ذلك غير لازم والصواب ما ذكرنا من القطع بأنه لم يجمع بين الجلد والرجم فلزم نسخه وان لم يعلم خصوص الناسخ وأما جلد علي رضي الله عنه شراحة ثم رجمها فاما لانه لم يثبت عنده احصانها الا بعد جلدها أو هو رأى لا يقاوم اجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا ما ذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما) وكذا أحمد والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح وله في العبد أقوال يغرب سنة نصف سنة لا يغرب أصلا وأما تغريب المرأة فمع محرم وأجرته عليها في قول وفي بيت المال في قول ولو امتنع ففي قول يجبره الامام وفي قول لا ولو كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بلا محرم قولان لقوله صلى الله عليه وسلم خذوا عني الحديث (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام) أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي من رواية عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم خذوا عني الحديث وتقدم (ولان فيه حسم مادة الزنا لقلة المعارف) لانه هو الداعية الى ذلك ولذا قيل لامرأة من العرب ما حملك على الزنا مع فضل عقلك قالت طول السواد وقرب الوساد والسواد المسارة من ساوده اذا ساره ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا واشارعا في بيان حكم الزنا ما هو فكان المذكور تمام حكمه والا كان تجهيلا اذ يفهم أنه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشروع في البيان أبعد من ترك البيان لانه يوقع في الجهل المركب وذلك في البسيط ولانه هو المفهوم لانه جعل جزاء الشرط فيفيد أن الواقع هذا فقط فلو ثبت معه شئ آخر كان شبهة معارضة لا مثبتة لما سكت عنه في الكتاب وهو الزيادة الممنوعة وأما ما يفيده

(قال المصنف ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف) أقول الحسم القطع والانسب سد باب الزنا (قوله والعمل بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز) أقول لانه خبر الواحد ولا ينسخ به الكتاب كما بين في موضعه وفيه نظر لما سيجئ من الاعتراف بنسخ ذلك الخبر بعينه قوله تعالى فامسكوهن في البيوت الا أن يقال المراد أنه خبر غير متأخر عن تلك الآية فلا يجوز أن يكون ناسخا لما هو غير متأخر عنه (قوله ووجه الكسر أن الخصم الخ) أقول الخصم ينكر صحة النقل عنه وهذه الجهة لا تؤيدها فان طريق ثبوت النقل هو رواية العدول (قوله مع أن النفي ليس بحكم الخ) أقول لعل مراده نفي النفي (قوله ففي مثل هذا الموضع الخ) أقول لا بد من التأمل في هذا المقام

كلام بعضهم من أن الزيادة بخبر الواحد اثبات مالم يوجبه القرآن وذلك لا يمتنع والا بطلت أكثر السنن وانها ليست نسخا وتسميتها نسخا مجرد اصطلاح ولذا زيد في عدة المتوفى عنها زوجها الاحداد على المأمور به في القرآن وهو التربص فهو يفيد عدم معرفة الاصطلاح وذلك أنه ليس المراد من الزيادة اثبات مالم يثبته القرآن ولم ينفه لا يقول بهذا عاقل فضلا عن عالم بل تقييد مطلقه على ما عرف من أن الاطلاق مما يراد وقد دل عليه باللفظ المطلق وباللفظ يفاد المعنى فأفاد أن الاطلاق مراد وبالتقييد ينتفي حكمه عن بعض ما أثبته فيه اللفظ المطلق ثم لا شك أن هذا نسخ وبخبر الواحد لا يجوز نسخ الكتاب وظن المعترض أن الاحداد زيادة غلط لانه ليس تقييد التربص والا لو تربصت ولم تحد في تربصها حتى انقضت العدة لم تخرج عن العهدة وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب في العدة فانما أثبت الحديث واجبا لا أنه قيد مطلق الكتاب نعم ورد عليه أن هذا الخبر مشهور تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة به اتفاقا والمصنف رحمه الله عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك الى ادعاء نسخ هذا الخبر مستأنسا له بنسخ شطره الثاني وهو الدال على الجمع بين الجلد والرجم فكذا نصفه الآخر وأنت تعلم أن هذا ليس بلازم بل يجوز أن تروى جمل بعضها نسخ وبعضها لا ولو سلك الطريق الاول وادعى أنه آحاد لا مشهور وتلقي الامة بالقبول ان كان اجماعهم على العمل به فممنوع لظهور الخلاف وان كان اجماعهم على صحته بمعنى صحة سنده فكثير من أخبار الآحاد كذلك فلم تخرج بذلك عن كونها آحادا وقد خطئ من ظنه يصير قطعيا فادعى فيما رواه البخاري ذلك وغلط على ما يعرف في موضعه واذا كان آحادا وقد تطرق اليه احتمال النسخ بقرينة نسخ شطره فلا شك أنه ينزل عن الآحاد التي لم يتطرق ذلك اليها فأحرى أن لا ينسخ به ما أفاده الكتاب من أن جميع الموجب الجلد فانه يعارضه فيه لا أن الكتاب ساكت عن نفي التغريب فكيف وليس فيه ما يدل على أن الواجب من التغريب بطريق الحد فان أقصى ما فيه دلالة قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وهو عطف واجب على واجب وهو لا يقتضيه بل ما في البخاري من قول أبي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفي عام واقامة الحد ظاهر في أن النفي ليس في الحد لعطفه عليه وكونه استعمل الحد في جزء مسماه وعطفه على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجبه وما ذكر من الالفاظ لا يفيده لجواز كونه تعزيرا بالمصلحة وأما ما قال الشافعي رحمه الله فرأى أن الحديث ما دل الا على الرجل بقوله البكر بالبكر فلم تدخل المرأة ولا شك أنه كغيره من المواضع التي تثبت الأحكام في النساء بالنصوص المفيدة اياها للرجال بتنقيح المناط وأيضا فان نفس الحديث يجب أن يشملهن فانه قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر الحديث فنص على أن النفي والجلد سبيل لهن والبكر يقال على الانثى ألا ترى الى قوله البكر تستأذن ثم عارض ما ذكر الشافعي من المعنى بأن في النفي فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعمن تستحي منهم ان كان لها شهوة قوية فتفعله وقد تفعله لحامل آخر وهو حاجتها الى ما يقوم بأودها ولا شك أن هذا المعنى في افضائه الى الفساد أرجح مما ذكر من افضاء قلة المعارف الى عدم الفساد خصوصا في مثل هذا الزمان لمن يشاهد أحوال النساء والرجال فيترجح عليه ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال قال عبد الله بن مسعود في البكر يزني بالبكر يجلدان مائة وينفيان سنة قال وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه حسبهما من الفتنة أن ينفيا وروى محمد بن الحسن أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال كفى بالنفي فتنة وروى عبد الرزاق أخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال غرب عمر رضي الله عنه ربيعة بن أمية بن خلف في الشراب الى خيبر فلحق بهرقل فتنصر فقال عمر لا أغرب بعده مسلما نعم لو غلب على ظن الامام مصلحة في التغريب تعزيرا له أن يفعله وهو محمل التغريب الواقع للنبي صلى الله عليه وسلم والصحابة من

وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه) قيل يعني في طريقة الخلاف فان قيل هذا اثبات النسخ بالقياس أجيب بأنه بيان لكون الحديث منسوخا بناسخ ولم يبين أن الناسخ ماهو وحاصل ذلك أن حكم الزنا في الابتداء كان امساك الزواني في البيوت حتى يتوفاهن الموت والايذاء باللسان فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى الزانية والزاني والدليل على أن الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال خذوا عني ولو كان انتساخ امساك الزواني في البيوت بقوله الزانية والزاني لقال عليه الصلاة والسلام خذوا عن الله وهذه الدلالة التي هي دلالة التقدم ههنا مثل دلالة التقدم في حديث العرنيين واليه أشار بقوله في الكتاب وقد عرف طريقه في موضعه أي دل في حديث العرنيين دال على أنه مقدم على قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول وهو جواز المثلة فكذلك ههنا دل الدال على أن الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني وهو ما ذكرناه هذا ما ذكره في النهاية وتبعه غيره من الشارحين وقوله (الا أن يرى ذلك مصلحة) استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني اذا رأى الامام تغريب الزاني مصلحة لدعارته فعل ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة (لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة) روى أن أبا بكر رضي الله عنه جلد بكرين ونفاهما الى فدك وعمر رضي الله عنه سمع قائلة تقول

هل من سبيل الى خمر فأشربها أو من سبيل الى نصر بن حجاج

الى فتى ماجد الاعراق مقتبل سهل المحيا كريم غير ملجاج

فطلب نصرا ونفاه وذلك لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة ظهرت له فقال ماذنبي يا أمير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا أطهر دار الهجرة منك وعثمان رضي الله عنه جلد زانيا ونفاه الى مصر وعلي رضي الله عنه جلد ونفى ثم قال كفى بالنفي فتنة هل وكل ذلك محمول على السياسة والتعزير

(١٣٦)

وهو قوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قال (الا أن يرى الامام في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى) وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة

أبي بكر وعمر وعثمان ففي الترمذي حدثنا كريب ويحيى بن أكثم قالا حدثنا عبد الله بن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وأن عمر ضرب وغرب الا أنه قال حديث غريب وكذا رواه غير واحد عن عبد الله بن ادريس عن عبيد الله فرفعوه ورواه بعضهم عن ابن ادريس عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر ضرب وغرب الحديث وهكذا روي من غير رواية ابن ادريس عن عبيد الله بن عمر ومن رواية محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر لم يقولوا فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم اهـ وقال الدارقطني بعد أن ذكر رواية ابن نمير وأبي سعيد الاشج عن ابن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر ضرب وغرب الحديث لم يقل فيه ان النبي صلى الله عليه وسلم هي الصواب لكن روى النسائي حدثنا محمد بن العلاء حدثنا عبد الله بن ادريس به مرفوعا ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وذكره ابن القطان من جهة النسائي وقال رجاله ليس فيهم من يسئل عنه لثقته وشهرته وقال أيضا عندي أن الحديث صحيح ولا يمتنع أن يكون عند ابن ادريس فيه عن عبيد الله جميع ما ذكر والحاصل أن في ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم اختلافا عن الحفاظ وأما عن أبي بكر وعمر فلا اختلاف فيه وقد أخرج ذلك عنهما أيضا في الموطا وأما روايته عن عثمان ففي مصنف ابن أبي شيبة حدثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار مولى لعثمان قال جلد عثمان امرأة في زنا ثم أرسل بها مولى له يقال له المهري الى خيبر نفاها اليه فهذا التغريب المروي عمن ذكرنا كتغريب عمر رضي الله عنه نصر بن حجاج وغيره بسبب أنه لجماله افتتن به بعض النساء حتى سمع قول قائلة

(قوله قيل يعني في طريقة الخلاف) أقول صاحب القيل هو الاتقاني وقال الاتقاني في شرح قوله اذا زنى الصبي أو المجنون أو غيره طريقة الخلاف اسم كتاب للامام علاء الدين العالم (قوله وحاصل ذلك أن حكم الزنا الخ) أقول قال الامام فخر الدين الزيلعي حكم الزنا كان في الابتداء الايذاء باللسان كما قال الله تعالى فآذوهما ثم نسخ بالحبس في البيوت بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت الآية اهـ ففيه نوع مخالفة لما في النهاية والعناية فليتأمل (قوله فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول مخالف لما سلف من أن الحديث بيان لقوله تعالى أو يجعل الله لهن سبيلا ولا يخفى جوابه (قوله وهو جواز المثلة فكذلك ههنا الخ) أقول ههنا خفاء لا يخفى نعم نسخه في حق جواز المثلة لما روي من النهي عنها بعده لا كلام فيه وانما النزاع في نسخه في حق حل الانتفاع بأبوال الابل ولا يظهر دال يدل عليه فليتأمل

(واذا زنى المريض وحده الرجم رجم) لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض (وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ) كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد (وان زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها) كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة (وان كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها) أي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يؤخر الى أن يستغني ولدها عنها اذا لم يكن أحد يقوم بتربيته لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روى أنه عليه السلام قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى أن تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس

هل من سبيل الى خمر فأشربها * أو من سبيل الى نصر بن حجاج

الى فتى ماجد الاعراق مقتبل * سهل المحيا كريم غير ملجاج

وذلك لا يوجب نفيا وعلى هذا كثير من مشايخ السلوك المحققين رضي الله عنهم ورضي عنا بهم وحشرنا معهم كانوا يغربون المريد اذا بدا منه قوة نفس ولجاج لتنكسر نفسه وتلين ومثل هذا المريد أو من هو قريب منه هو الذي ينبغي أن يقع عليه رأى القاضي في التغريب لان مثله في ندم وشدة وانما زل زلة لغلبة النفس أما من لم يستحي وله حال يشهد عليه بغلبة النفس فنفيه لا شك أنه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه (قوله واذا زنى المريض وحده الرجم) بأن كان محصنا حد لان المستحق قتله ورجمه في هذه الحالة أقرب اليه (وان كان حده الجلد لا يجلد حتى يبرأ) لان جلده في هذه الحالة قد يؤدي الى هلاكه وهو غير المستحق عليه ولو كان المرض لا يرجى زواله كالسل أو كان خداجا ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ فيضرب به دفعة وقد سمعت في كتاب الأيمان أنه لابد من وصول كل شمراخ الى بدنه وكذا قيل لابد أن تكون حينئذ مبسوطة ولخوف التلف لا يقام الحد في البرد الشديد والحر الشديد بل يؤخر الى اعتدال الزمان وهذا في البرد عند من يرى تجريد المحدود ظاهر لانه قد يعرض أما الحر فلا نعم لو كان ضرب الحد مبرحا صح ذلك لكنه شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضي الحال تأخير حده للبرد والحر بخلاف القطع على ما ذكره المصنف فانه جرح عظيم يخاف منه السراية بسبب شدة الفصلين (قوله واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها) ولو جلدا (كيلا يؤدي الى هلاك الولد لانه نفس محترمة) لانه مسلم لا جريمة منه فلو ولدت أو كانت نفساء ففي تتعالى من نفاسها في الجلد ولو أطالت في التأخير وتقول لم أضع بعد أو شهد على امرأة بالزنا فقالت أنا حبلى ترى النساء ولا يقبل قولها فان قلن هي حامل أجلها حولين فان لم تلد رجمها (ثم الحبلى تحبس ان ثبت زناها بالبينة الى أن تلد) وان ثبت بالاقرار لا تحبس لعدم الفائدة لان لها الرجوع متى شاءت وعن أبي حنيفة اذا ولدت لا تحد حتى تفطم الولد اذا لم يكن له من يربيه وتقدم في حديث الغامدية أنه ردها حتى يستغني فرجعت ثم جاءت به وفي يده كسرة وقالت ها قد فطمته وفي حديث آخر قال اذهبي حتى تضعي ما في بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال اذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقام رجل من الانصار فقال الي رضاعه قال فرجمها وهذا يقتضي أنه رجمها حين وضعت بخلاف الاول والطريقان في مسلم وهذا أصح طريقا لان في الاول بشير بن المهاجر وفيه مقال وقيل يحتمل أن تكون امرأتين ووقع في الحديث الاول نسبتها الى الازد وفي حديث عمران بن حصين جاءت امرأة من جهينة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه رجمها بعد أن وضعت

وقوله (واذا زنى المريض الخ) ظاهر وقوله (قال للغامدية) روى أن الغامدية لما أقرت بالزنا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت حاملا قال لها عليه السلام ارجعي حتى تضعي ما في بطنك فلما وضعت جاءت ثانيا وأقرت فقال لها ارجعي حتى يستغني ولدك فقالت أخاف أن أموت قبل أن أحد فقال رجل أنا أقوم بتربية ولدها يا رسول الله فأمر صلى الله عليه وسلم برجمها فدل أن الحكم هو التأخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرب

﴿باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه﴾

لما فرغ من بيان اقامة الحد شرع فى بيان ما يوجب الحد وما لا يوجبه وقد ذكرنا تعريف الزنا فى أول كتاب الحدود وذكره المصنف ههنا واعترض بأنه غير منعكس لان الزنا يصدق فى فعل المرأة هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا حد القذف وهذا التعريف وهو قوله وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه وأجيب بأن هذا التعريف انما هو بالنسبة للاصل

﴿باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه﴾

(قال المصنف وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك الخ) أقول قوله فى غير الملك لعله حال من المرأة أو القبل ثم أقول الاولى أن يقول المشتهاة احترازا عن وطء صبية لا يجامع مثلها فان وطأها لا يوجب الحد كما سيجىء الاشارة اليه ثم الاولى أن يقول عن طوع احترازا عن وطء المكره حيث لا يوجب الحد وسيجىء وقد سبق من الشارح ما يتوهم كونه جوابا عن هذا فى باب اليمين فى الدخول والسكنى الا أن فيه أيضا كلاما مع أن المصنف أسند الى المكره الزنا فيما سيجىء قال فى البدائع الزنا فى عرف الشرع اسم للوطء الحرام فى قبل المرأة الحية فى حالة الاختيار فى دار العدل ممن التزم أحكام الاسلام العارى عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه فى موضع الاشتباه فى الملك والنكاح جميعا اه وفيه أيضا قوله وعن حق الملك احترازا عن وطء رجل من الغانمين جارية من المغنم قبل القسمة بعد الاحراز بدار الاسلام أو قبله فانه لا حد عليه وان علم أن وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لانعقاد سبب الثبوت فان لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيورث شبهة ولو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت نسبه منه لان ثبوت النسب يعتمد الملك فى المحل إما من كل وجه أو من وجه ولم يوجد قبل القسمة بل الموجود حق عام وانه يكفى لسقوط الحد ولا يكفى لثبوت النسب اه وقوله ممن التزم أحكام الاسلام احترازا عن الحربى وسيجىء وقوله وشبهته فى قوله وعن حقيقة النكاح وشبهته احترازا عن أمثال وطء المحارم بنكاح وسيجىء وقوله وعن شبهة الاشتباه فى موضع الاشتباه فى الملك والنكاح جميعا احترازا عن وطء المزفوفة الى غير زوجها ووطء الاعمى من أجابته يظن أنها امرأته وسيجىء (قوله لان الزنا يصدق فى فعل المرأة) أقول أى يتحقق فان الصدق المعدى بفى يكون بمعنى التحقق كما تبين فى كتب الميزان (قوله هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا الخ) أقول لعل المشار اليه بقوله هذا فى قوله هذا الفعل هو الوطأة للرجل المفهوم من التعريف المذكور قال فى النهاية ألا ترى أنه يجب عليها حد الزنا ولو قذفها قاذف بالزنا يجب عليه حد القذف اذا كانت عفيفة عن فعل الزنا اه وغير الشارح الى قوله ولهذا لا يحد الخ اذ المطلوب هو صدق الزنا على فعلها وحد قاذفها بالزنا لا يدل عليه صريحا لاحتمال أن يقال الحد لقذفها بما لا يصدر منها ولا يتصور صدوره بخلاف ما ذكره الشارح فليتأمل ثم لا وجه لترك التعليل بوجوب حد الزنا عليها بل هو النافع فى هذا المقام فانا بصدد بيان ما يوجب الحد وزناها منه فلا بد من بيان ماهيته

﴿باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه﴾

قال (الوطء الموجب للحد هو الزنا) وانه فى عرف الشرع واللسان وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعرى عن الملك وشبهته يؤيد ذلك

﴿باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه﴾

لما كان الكتاب انما هو معقود لبيان الحدود كان الحد هو المقصود الاصلى فلزم الابتداء بتعريفه لغة وشرعا ففعل المصنف ذلك ثم أراد تقديم حد الزنا فقدمه وأعطى أحكامه لانها هى المقصودة وذلك بثبوت سببه وحاصل أحكامه كيفية ثبوته وشروطها وكيفية اقامته وشروطها فكان تصور حقيقة السبب الذى هو الزنا بالنسبة الى مقصود الكتاب ثانيا وان كان بالنسبة الى التحقق فى الوجود أولا فأخر المصنف تعريفه الى أن فرغ من المقاصد الاصلية وذكر أن الزنا فى عرف اللغة والشرع بمعنى لم يزد عليه فى الشرع قيد وعرفه على هذا التقدير بأنه (وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك) وهذا لان فى اللغة معنى الملك أمر ثابت قبل مجىء هذا الشرع وان كان هو فى نفسه أمرا شرعيا لكن ثبوته بالشرع الاول بالضرورة والناس لم يتركوا سدى فى وقت من الاوقات فيكون معنى الملك أمرا مشروعا من بعث آدم عليه السلام أو من قبل بعثه بوحى يخصه أى يخص الملك فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا فى الوجود الدنيوى سواء كانت اللغة عربية أم غيرها مخصوصة بالدنيا وإن كان الوضع قبلها فثبوت المسمى فى الدنيا والوضع لمعنى معقول قبل تحققه ولا شك فى أنه تعريف للزنا فى اللغة والشرع فان الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد منه بل هو أعم والموجب للحد منه بعض أنواعه ولذا قال صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان وزناهما النظر ولو وطئ رجل جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا فدل على أن فعله زنا وان كان لا يحد به فلولا قول المصنف الموجب للحد هو الزنا وهو فى عرف الشرع الخ لصح تعريفه

تعريفه ولم يرد عليه شئ لكنه لما قال ذلك كان ظاهرا فى قصده الى تعريف الزنا الموجب للحد وحينئذ يرد على طرده وطء الصبية التى لا تشتهى ووطء المجنون والمكره بخلاف الصبى فان الجنس وطء الرجل فالاولى فى تعريفه أنه وطء مكلف طائع مشتهاة حالا أو ماضيا فى القبل بلا شبهة ملك فى دار الاسلام فخرج زنا الصبى والمجنون والمكره وبالصبية التى لا تشتهى والميتة والبهيمة ودخل وطء العجوز ولكن يرد على عكسه زنا المرأة فانه زنا ولا يصدق عليه جنس التعريف وما أجيب به من أن زناها يدخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا ان كان معناه أن لها زنا حقيقة وأن ذلك التمكين هو مسمى زنا لغة وتسمى هى زانية حقيقة لغوية بالتمكين فلا شك فى أنه لا يشمله الجنس الذى هو وطء المكلف لانه ليس هو عين تمكين المرأة ففساد الحد بحاله وكون فعلها تبعا لفعله انما هو فى الوجود الخارجى والكلام فى تناول اللفظ وان أريد أنها لا تسمى زانية حقيقة أصلا وأن تسميتها فى قوله تعالى الزانية والزانى بطريق المجاز فلا حاجة الى أنه تبع بل لا يجوز ادخاله فى التعريف وعلى هذا كلام السرخسى والمصنف وغيرهما فى مسئلة ما اذا مكنت البالغة العاقلة المسلمة مجنونا أو صبيا على قول أبى حنيفة لا يحد واحد منهما على ماسيأتى وبما ذكرنا يظهر فساد ما أجاب به بعضهم بأن فعل الوطء أمر مشترك بينهما فاذا وجد فعل الوطء بينهما يتصف كل منهما به وتسمى هى واطئة ولذا سماها سبحانه زانية وأعجب من هذا الجواب أنه قال فى الايراد المذكور على التعريف مغالطة والقطع بأن وطأ ليس يصدق على تمكينها بوهو فاذا جعل الجنس وطء الرجل فكيف ينتظم اللفظ تمكين المرأة وكون الفعل الجزئى الخارجى اذا وجد من الرجل فى الخارج يستدعى فعلا آخر منها اذا كانت طائعة لا يقتضى أن اللفظ الخاص بفعله يشمله والله الموفق فالحق أنها ان كانت زانية حقيقة وأريد شمول التعريف لزناها فلا بد من زيادة قوله أو تمكينها بل يجب أن يقال ذلك بالنسبة الى كل منهما فيقال ادخال المكلف الطائع قدر حشفته قبل مشتهاة حالا أو ماضيا بلا ملك وشبهة أو تمكينه من ذلك أو تمكينها ليصدق على مالو كان مستلقيا فقعدت على ذكره فتركها حتى أدخلته فانهما يحدان فى هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين وقوله لانه فعل الخ تعليل لاخذ عدم الملك وشبهته فى الزنا أى انما شرط ذلك لان الزنا محظور فلا بد فى تحققه من ذلك وقوله يؤيده الحديث أى يؤيد الامرين معا وذلك أنه لما أفاد عدم الحرمة المطلقة بسبب درء الحد بالشبهة أفاد عدمها ودرء الحد عند حقيقة الملك كما فى الجارية المشتركة بطريق أولى فهو بدلالته ثم الحديث المذكور قيل لم يحفظ مرفوعا وذكر أنه فى الخلافيات للبيهقى عن على رضى الله عنه وهو فى مسند أبى حنيفة عن مقسم عن ابن عباس رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وأسند ابن أبى شيبة عن ابراهيم هو النخعى قال قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب الى من أن أقيمها بالشبهات وأخرج عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر رضى الله عنهم قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادرأه ونقل ابن حزم عن أصحابهم الظاهرية أن الحد بعد ثبوته لا يحل أن يدرأ بشبهة وشنع بأن الآثار المذكورة لاثبات الدرء بالشبهات ليس فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شئ بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها وأعل ما عن ابن مسعود مما رواه عبد الرزاق عنه بالارسال وهو غير رواية ابن أبى شيبة فانها معلولة باسحق بن أبى فروة وأما التمسك بما فى البخارى من قوله عليه الصلاة والسلام ومن اجترأ على ما يشك فيه من الاثم أوشك أن يواقع ما استبان والمعاصى حمى الله تعالى من يرتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه فان معناه أن من جهل حرمة شئ وحله فالورع أن يمسك عنه ومن جهل وجوب أمر وعدمه فلا يوجبه ومن جهل أوجب الحد أم لا وجب أن يقيمه ونحن نقول ان الارسال لا يقدح وان الموقوف فى هذا له حكم المرفوع لان اسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل بل مقتضاه أن بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة فحيث ذكره صحابى

والمرأة تدخل فيه تبعا لما سيجئ بعد هذا أن كل موضع يجب فيه الحد على الرجل يجب على المرأة

(قوله والمرأة تدخل فيه تبعا) أقول قوله والمرأة أى وزنا المرأة وقوله تدخل فيه تبعا أى ينفهم تعريفه التزاما قوله لما سيجئ بعد هذا الخ) أقول لعله تعليل لاصالة الرجل المنفهم من التقرير

وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة فان قلت قوله لانه فعل محظور تعليل واقع في غير محله لانه في التصورات قلت التعليل ليس لاثبات التعريف وانما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقيق الزنا وتقرير كلامه أن ما اعتبروا أن يكون في غير شبهة الملك لانه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه الكمال لان الناقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة كاملة والكمال في الحظر عند التعري عن الملك وشبهته (يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة) وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا (نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه) أي هي شبهة في حق من اشتبه عليه وليست

قوله عليه الصلاة السلام ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى تحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه أن يظن غير الدليل دليلا ولابد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده

حمل على الرفع وأيضا في اجماع فقهاء الامصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات كفاية ولذا قال بعض الفقهاء هذا الحديث متفق عليه وأيضا تلقته الامة بالقبول وفي تتبع المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة ما يقطع في المسئلة فقد علمنا أنه عليه الصلاة والسلام قال لماعز لعلك قبلت لعلك لمست لعلك غمزت كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد اقراره بالزنا وليس لذلك فائدة الا كونه اذا قالها ترك والا فلا فائدة ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه وكذا قال للسارق الذي جيء به اليه أسرقت ما اخاله سرق وللغامدية نحو ذلك وكذا قال علي رضي الله عنه لشراحة على ما أسلفناه لعله وقع عليك وأنت نائمة لعله استكرهك لعل مولاك زوجك منه وأنت تكتمينه وتتبع مثله عن كل واحد يوجب طولا فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتال في درئه بلا شك ومعلوم أن هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت لانه كان بعد صريح الاقرار وبه الثبوت وهذا هو الحاصل من هذه الآثار ومن قوله ادرؤا الحدود بالشبهات فكان هذا المعنى مقطوعا بثبوته من جهة الشرع فكان الشك فيه شكا في ضروري فلا يلتفت الى قائله ولا يعول عليه وانما يقع الاختلاف أحيانا في بعض أهي شبهة صالحة للدرء أولا بين الفقهاء اذا عرف هذا فنقول الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت والفقهاء في تقسيمها وتسميتها اصطلاحات فالشافعية قالوا الشبهة ثلاثة أقسام في المحل والفاعل والجهة أما الشبهة في المحل فوطء زوجته الحائض والصائمة والمحرمة وأمته قبل الاستبراء وجارية ولده ولا حد فيه ولو وطئ أمته المحرمة عليه برضاع أو نسب أو صهرية كأخته أو بنته منهما أو أمه من الرضاع أو موطوءة أبيه أو ابنه يجب الحد على الاظهر وأما الشبهة في الفاعل فمثل أن يجد امرأة على فراشه فيطأها ظانا أنها امرأته فلا حد واذا ادعى أنه ظن ذلك صدق بيمينه وأما الشبهة في الجهة قال الاصحاب كل جهة صححها بعض العلماء وأباح الوطء بها لا حد فيها وان كان الواطئ يعتقد التحريم كالوطء في النكاح بلا ولي وبلا شهود وأصحابنا قسموا الشبهة قسمين شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة أي شبهة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك أي الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل (قوله فالاولى تحقق في حق من اشتبه عليه الخ) أي من اشتبه عليه الحل والحرمة

بشبهة في حق من لم يشتبه عليه حتى لو قال علمت أنها تحرم على حد (وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية) وتسمى شبهة ملك أيضا فانها لا توجب الحد وان قال علمت أنها حرام علي (فالاولى تحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه أن يظن غير الدليل دليلا) كما اذا ظن أن جارية امرأته تحل له بناء على أن الوطء نوع استخدام واستخدام الجارية يحل فكذا الوطء فيكون تحققها بالنسبة الى الظان (والثانية تحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته) لكن لا يكون عاملا لمانع اتصل بها (و) هذه (لا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده

(قوله وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة) أقول سيجيء عن المصنف أن الزنا فعل الرجل حقيقة وتسمية المرأة زانية مجاز ثم سيجيء أن الحربي اذا زنى بذمية والمكره بمطاوعة تحد الذمية والمطاوعة دون الحربي والمكره عند أبي حنيفة وهذا الذي ذكره الشارح مخالف لما سيجيء وجوابه أنه وجب فيهما أيضا وانما السقوط لمانع كسقوط القصاص من الاب فلا مخالفة (قوله وانما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقيق الزنا) أقول الاولى أن يقول لبيان اعتبارهم انتفاء الملك وشبهته حتى يطابق كلام المصنف الا أن يقال المقصود بالبيان انتفاء الشبهة وانتفاء الملك أمر ظاهر لا يحتاج الى البيان وايراد المصنف في التعريف ليكون كالتمهيد لذكر الشبهة فليتأمل (قوله وتقرير كلامه الخ) أقول فيكون تعليلا للحكم الضمني الذي يفهم من التعريف (قوله لانه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه) أقول أي يعتبر في الحظر ولا دليل

والحد يسقط بالنوعين) جميعا (لاطلاق الحديث) لكن فى الاولى عند الظن وفى الثانية على كل تقدير (والنسب يثبت فى الثانى) أى فى الوطء الثانى وقيل أى فى المذكور الثانى والاولى أن يقال فى النوع الثانى (اذا ادعى الولد ولا يثبت فى الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض) أى خلص (زنا فى) الشبهة (الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه) أى الى الواطئ وقيل هذا ليس يجرى على عمومه فان المطلقة الثلاث يثبت فيها النسب لان هذا وطء فى شبهة العقد فيكفى لاثبات النسب وفى الايضاح المختلعة والمطلقة بعوض ينبغى أن تكون كالمطلقة ثلاثا وعد شبهة الفعل وهى فى ثمانية مواضع كما ذكر فاذا قال ظننت أنها تحل لى فلا حد لان الانسان ينتفع بمال هؤلاء حسب انتفاعه بمال نفسه فكان هذا ظنا فى موضع الاشتباه فيمتنع الحد وان قال الرجل علمت أنها حرام على وقالت الجارية ظننت أنه يحل لى لا يحد واحد منهما أما المرأة فلدعوى الشبهة وأما الرجل فلان الزنا يقوم بهما فاذا سقط الحد عن المرأة سقط عن الرجل لمكان الشركة على ماسيجىء فان قيل ماوجه الاشتباه فى المطلقة الثلاث حتى لا يحد اذا قال ظننت أنها تحل لى أجيب بأن وجهه

والحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت فى الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت فى الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا فى الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض فى الثانية

ولا دليل فى السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن أن جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن والا فلا شبهة أصلا لفرض أن لا دليل أصلا لتثبت الشبهة فى نفس الامر فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة أصلا (والثانية) وهى الشبهة الحكمية (تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته) كقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك سواء ظن الحل أو علم الحرمة لان الشبهة بثبوت الدليل قائمة فى نفس الامر علمها أحد أو لم يعلمها (قوله والحد يسقط بكل منهما لاطلاق الحديث) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات (قوله والنسب يثبت فى الثانى) أى فى شبهة المحل (اذا ادعى الولد ولا يثبت فى الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا) لفرض أن لا شبهة ملك الا أن الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو أمر راجع اليه أى الى الواطئ لا الى المحل فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطء وكذا لا تثبت به عدة لانه لا عدة من الزانى قيل هذا غير مجرى على عمومه فان المطلقة الثلاث يثبت النسب منها لانه وطء فى شبهة العقد فيكفى ذلك لاثبات النسب وفى الايضاح المطلقة بعوض والمختلعة ينبغى أن تكون كالمطلقة ثلاثا قال شارح بل هو على ظاهره وثبوت نسب المبتوتة عن ثلاث أو خلع ليس باعتبار وطء فى العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق ولذا ذكروا أن نسب ولدها يثبت الى أقل من سنتين ولا يثبت لتمام سنتين يعنى لانه اذا كان لاقل من سنتين أمكن اعتبار العلوق قبل الطلاق بخلاف ما اذا كان لتمامهما وأنت علمت فى باب ثبوت النسب أنها اذا جاءت به لتمام سنتين انما لا يثبت نسبه اذا لم يدعه أما اذا ادعاه فانه قد نص على أنه يثبت ويحمل على وطء فى العدة بشبهة والكلام ههنا مطلق فى عدم ثبوت النسب معللا بانه زنا محض فلا بد من الجمع بحمل أحد النصين على ماهو الاولى فى النظر وذلك عاذكرنا من شبهة العقد بخلاف باقى محال شبهة الاشتباه كجارية أبيه وأمه ونحوهما فانه لا شبهة عقد

بقاء بعض الاحكام بعد الطلقات الثلاث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب الى سنتين فان قيل بين الناس اختلاف فى أن من طلق امرأته ثلاثا هل يقع أو لا فينبغى أن يكون ذلك شبهة فى اسقاط الحد أجيب بأنه خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضى لم ينفذ قضاؤه وانما قيد الطلاق البائن بالمال لانه اذا لم يكن على مال فوطئها فى العدة فلا حد عليه وان قال علمت أنها على حرام على ما يجىء وشبهة أم ولد أعتقها مولاها هى ما قلنا فى المطلقة ثلاثا وهى فى العدة من قيام أثر الفراش فكان الظن فى موضع الاشتباه وشبهة العبد فى جارية المولى انبساط يد العبد فى مال مولاه والجارية من ماله فجاز أن يظن حل الانبساط فيها بالوطء

(قال المصنف والنسب يثبت فى الثانى اذا ادعى الولد ولا يثبت فى الاول) أقول فى الكافى اذا وطئ الجد أمة ولده وولد ولده لا يحد لشبهة الملك فان حبلت فولدت لا يثبت نسبه عند قيام الأب ونقل صاحب النهاية عن خزانة الفقيه أبى الليث اذا زنى بجارية نافلته والأب فى الاحياء وقال ظننت أنها على حرام لا يحد ويثبت النسب اه وفى معراج الدراية ذكر البزدوى وطئ جارية حافده والأب فى الاحياء لا يجب الحد باعتبار الولاد والشبهة نشأت من الابوة وهى قائمة ولهذا يعتق عليه لكن ليس له ولاية التملك حال قيام الأب الأقرب فلا يمكن تحقيق الفراش مع مساس الحاجة فبقى وطؤها فى غير الملك لكن فيه شبهة الملك فتكفى لدرء الحد ولا تكفى لاثبات النسب اه قال الاتقانى الجد اذا وطئ جارية ولد ولده لا يثبت النسب ولا يجب الحد اذا كان الأب فى الاحياء كذا ذكر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اه (قوله وقيل هذا ليس يجرى على عمومه) أقول وهذا القول غير مقبول عند الشارح كما سيجىء فى الورق الآتى (قوله لان هذا وطء فى شبهة العقد) أقول فيه بحث

(والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود) يعنى اذا قال المرتهن ظننت أنها تحل لى لا يحد على رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن أو لم يدع كما فى الجارية المشتركة لانه وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه أو لم يشتبه قياسا على ما لو وطئ جارية اشتراها على ان البائع بالخيار وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد انعقد له فيها سبب الملك فى الحال ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك ووجه ما ذكره فى كتاب الحدود هو أن عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال فقيامه لا يورث شبهة حكمية قياسا على الاجارة فانها لا تفيد ملك المتعة بحال فما أورث قيامها فى المحل شبهة حكمية وعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبه أو لم يشتبه كما فى الجارية المستأجرة للخدمة الا أنه لا يجب اذا اشتبه عليه لانه موضع اشتباه لان ملك المال فى الجملة سبب لملك المتعة وان لم يكن سببا فى الرهن وقد انعقد له سبب ملك فى حق المال فيشتبه انه هل يثبت له بهذا القدر ملك المتعة أو لا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يتصور أن يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه وبخلاف البيع بشرط الخيار لانه انما يفيد الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المتعة فى حال من الاحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة * ثم عد الشبهة فى المحل وهى فى ستة مواضع على ما ذكرها (جارية ابنه) لقيام المقتضى للملك وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك (والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات) لاختلاف الصحابة فى كونها رجعية أو بائنة (والجارية المبيعة فى حق البائع قبل التسليم) لان اليد التى كان بها متسلطا على الوطء باقية بعد فصارت شبهة فى المحل القبض

فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع جارية أبيه وأمه وزوجته والمطلقة ثلاثا وهى فى العدة وبائنا بالطلاق على مال وهى فى العدة وأم ولد أعتقها مولاها وهى فى العدة وجارية المولى فى حق العبد والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود ففى هذه المواضع لا حد عليه اذا قال ظننت أنها تحل لى ولو قال علمت أنها على حرام وجب الحد * والشبهة فى المحل فى ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة فى حق البائع قبل التسليم

فيهما فلا يثبت النسب بالدعوة * فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع أن يطأ جارية أبيه أو أمه وكذا جده وجدته وان عليا أو زوجته أو المطلقة ثلاثا فى العدة أو بائنا على مال وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال فهى من الحكمية أو أم ولده التى أعتقها وهى فى عدته والعبد يطأ جارية مولاه والمرتهن يطأ المرهونة فى رواية كتاب الحدود وهو الاصح والمستعير للرهن فى هذا بمنزلة المرتهن (ففى هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت أنها تحل لى ولو قال علمت أنها حرام على وجب الحد) ولو ادعى أحدهما الظن والآخر لم يدع لا حد عليهما حتى يقرا جميعا بعلمهما الحرمة لان الشبهة اذا ثبتت فى الفعل من أحد الجانبين تعدت الى الآخر ضرورة * والشبهة فى المحل فى ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة اذا وطئها البائع قبل تسليمها الى المشترى والمجعولة مهرا اذا وطئها الزوج قبل تسليمها الى الزوجة لان الملك فيهما لم يستقر للزوجة والمشترى والمالك كان مسلطا على وطئها بتلك اليد مع الملك وملك اليد ثابت والملك الزائل مزلزل والمشتركة بين الواطئ وغيره والمرهونة اذا وطئها المرتهن فى رواية كتاب الرهن وعلمت أنها ليست بالمختارة (ففى هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت أنها على حرام) لان المانع هو الشبهة وهى ههنا قائمة فى نفس الحكم أى الحرمة القائمة فيها شبهة أنها ليست بثابتة نظرا الى دليل الحل على ما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك ونحوه ولا اعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها وفى الايضاح فى المرهونة اذا قال ظننت أنها تحل لى ذكر فى كتاب الرهن أنه لا يحد وفى كتاب الحدود يحد فلا يعتبر ظنه لانه لا استيفاء من عينها بل من معناها فلم يكن الوطء حاصلا فى محل الاستيفاء أصلا فلا شبهة فعل وصار كالغريم اذا وطئ جارية الميت ووجه عامة الروايات أنه انعقد فيها سبب الملك فى الحال ويصير مستوفيا ومالكا بالهلاك من وقت الرهن فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع ووجه رواية كتاب الحدود أن عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال فهى كالمستأجرة للخدمة ومقتضاه أن يجب الحد وان اشتبه الا أن ملك العين فى الجملة سبب لملك المتعة وان لم يكن فى الرهن سببا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يمكن كونه سببا لملك المتعة وبخلاف البيع بالخيار فانه يفيد الملك حال قيام الجارية بخلاف المرهونة لا يفيد الملك الا مع هلاكها فلا يتصور كون ملكها سببا للاستمتاع بها فكان كملك المنفعة هذا وقد دخل فى سبب الملك صور مثل وطء جارية عبده المأذون المديون ومكاتبه ووطء البائع الجارية المبيعة بعد

(قوله فما أورث قيامها فى المحل شبهة حكمية) أقول لفظة ما فى قوله فما أورث نافية (قوله وان لم يكن سببا فى الرهن) أقول لانه انما يملك مالية المرهون بعد الهلاك وذا لا يقبل ملك المتعة كما سنذكره

(والممهورة فى حق الزوج قبل القبض) لقيام ملك اليد (والمشتركة) لقيام الملك فى النصف (والمرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الرهن) وقد ذكرناوجهه (ففى هذه المواضع لا يحد) بكل تقدير وهذان النوعان من الشبهة هو ما كان راجعا الى الفاعل والقائل وثم شبهة أخرى وهى التى تثبت بالعقد فانها عند أبى حنيفة تثبت به سواء كان العقد حلالا أو حراما متفقا عليه

أو مختلفا فيه وسواء كان الواطئ عالما بالحرمة أو جاهلا بها (وعند) العلماء (الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك فى نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا) أى هذا الذى ذكرنا من بيان نوعى الشبهة سهل تخريج الفروع على ذلك وهو واضح مما ذكرناه وقوله (وقد نطق الكتاب) يعنى قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد وقوله (ولا يعتبر قول المخالف فيه) يريد به قول الزيدية والامامية فان الزيدية تقول اذا طلقها ثلاثا جملة لا يقع الا واحدة والامامية تقول انه لا يقع شئ أصلا لكونه خلاف السنة ويزعمون أنه قول على رضى الله عنه (لانه خلاف لا اختلاف) والفرق بينهما أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفا والمقصد واحدا والخلاف أن يكون كلاهما مختلفا وقوله (ولو قال ظننت أنها تحل لى) ظاهر وقوله (فى حق النسب) يعنى النسب باعتبار العلوق السابق على الطلاق لا النسب بهذا الوطء فانه لا يثبت

والممهورة فى حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الرهن ففى هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت أنها على حرام ثم الشبهة عند أبى حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك فى نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا (ومن طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها فى العدة وقال علمت أنها على حرام حد) لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت أنها تحل لى لا يحد لان الظن فى موضعه لان أثر الملك قائم فى حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه فى اسقاط الحد

القبض فى البيع الفاسد والتى فيها الخيار للمشترى وينبغى أن يزاد جاريته التى هى أخته من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء والاستقراء يفيدك غير ذلك أيضا كالزوجة التى حرمت بردتها أو بمطاوعتها لابنه أو جماعه أمها ثم جامعها وهو يعلم أنها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الائمة لم يحرم به فاستحسن أن يدرأ بذلك الحد فالاقتصار على الستة لا فائدة فيه (قوله ثم الشبهة عند أبى حنيفة تثبت بالعقد وان كان العقد متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت هذه الشبهة اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك فى نكاح المحارم) فصارت الشبهة على قول أبى حنيفة ثلاثة شبهة الفعل وشبهة المحل وشبهة العقد وكذا قسمها فى المحيط وذكر فى شبهة العقد أن يطأ التى تزوجها بغير شهود أو بغير اذن مولاها وهى أمة أو وطئ العبد من تزوجها بغير اذن مولاه قال ولو تزوج أمة على حرة أو مجوسية أو خمسا فى عقد أو جمع بين أختين بوطء وقال علمت أنها حرام لا حد عليه عند أبى حنيفة وعندهما يجب الحد (قوله وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل) اذ قال تعالى فان طلقها يعنى الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره (وعلى ذلك الاجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه) أى فى الحل وهم الامامية والزيدية القائلون بان الطلاق الثلاث بكلمة لا يقع به الا واحدة فتكون حلالا لزوجها (لانه خلاف) بعد تقرر الاجماع فلا يعتبر (لا اختلاف) كائن بين الامة حال تردد الواقعة بينهم قبل تقرر الاجماع ليعتبر وهذا لما قدمناه فى أول كتاب الطلاق من أن اجماع الصحابة تقرر فى زمن عمر على ذلك وأن الاحاديث الواردة فى أنها تكون واحدة يجب كونها كانت مقيدة الى آخر ما يعلم فيما أسلفناه وصح عن على رضى الله عنه وقوع الثلاث خلاف ما نقلوا عنه ثم لا يخفى أن ترتيب المصنف بالفاء قوله فلا يعتبر انما هو على الاجماع لا على المجموع منه ومن قوله نطق الكتاب بانتفاء الحل لان محل انتفاء الحل فى الكتاب ما اذا أوقع الثالثة بعد تقدم ثنتين ولا خلاف لاحد فيها انما خلافهم فى الثلاث بمرة واحدة وليس هو متناول النص (قوله ولو قال ظننت انها تحل لى لا يحد لان الظن فى موضعه لان أثر الملك قائم) بقيام العدة حتى يثبت النسب اذا ولدت وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها ولذا يحرم عندنا نكاح أختها وأربع سواها وتمتنع شهادة كل منهما لصاحبه فأمكن أن نقيس حل الوطء على بعض هذه الاحكام فتجعل الاشتباه عليه عذرا فى سقوط الحد عنه بخلاف ما لو وطئ امرأة أجنبية وقال ظننت

(قوله والممهورة فى حق الزوج) أقول أى التى جعلت مهرا (قوله قبل القبض) أقول أى قبل قبض الزوجة (قوله هو ما كان راجعا الى الفاعل الخ) أقول كأنه يشير الى دفع اختلال الحصر بتقييد المقسم بما يكون راجعا الى أحدهما (قال المصنف ثم الشبهة عند أبى حنيفة حينئذ تثبت بالعقد) أقول أى الشبهة فى المحل وعندهما تلك شبهة اشتباه فلا خلل فى الحصر فى نوعين كما لا يخفى ولو سلم أنها مغايرة لهما فالمقسم هو الشبهة التى لا اختلاف فيها

وأم الولد اذا أعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة (ولو قال لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام لم يحد) لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه فمن مذهب عمر أنها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك (ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت أنها علي حرام) لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك والابوة قائمة في حق الجد

أنها تحل لي أو جارية أجنبية على ما يأتي لانه في غير موضعه (قوله وأم الولد اذا أعتقها مولاها) وهي في العدة (والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلاثا لثبوت الحرمة بالاجماع) يريد حرمة أن يطأها في العدة بخلاف الرجعية فانه لا اجماع في حرمته وبخلاف ما اذا طلقها بالكناية كأن (قال أنت خلية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها) ونحوه (ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام لا يحد لاختلاف الصحابة) في الكناية (فمن مذهب عمر أنها) أي الكنايات (رجعية) وكذا عن ابن مسعود ففي مصنف عبد الرزاق حدثنا الثوري عن منصور حدثني ابراهيم عن علقمة والاسود أن ابن مسعود جاء اليه رجل فقال كان بيني وبين امرأتي كلام فقالت لو كان الذي بيدك من أمري بيدي لعلمت كيف أصنع قال فقلت لها قد جعلت أمرك بيدك فقالت أنا طالق ثلاثا قال ابن مسعود أراها واحدة وأنت أحق بالرجعة وسألنا أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه فقال ماذا قلت قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك وزاد من طريق آخر ولو رأيت غير ذلك لم تصب وأخرج ابن أبي شيبة عنهما في مصنفه أنهما قالا في البرية والخلية هي تطليقة واحدة وهو أملك برجعتها وأخرج محمد بن الحسن في الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما كانا يقولان في المرأة اذا خيرها زوجها فاختارته فهي امرأته وان اختارت نفسها فهي تطليقة وزوجها أملك بها ومن مذهب علي في خلية وبرية أنها ثلاث على ما أخرجه عنه ابن أبي شيبة الى غير ذلك مما عن غيرهم فيها أنها واحدة أو ثلاث وبهذا يعرف خطأ من بحث في المختلعة وقال ينبغي كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة في الخلع وهذا غلط لان اختلافهم فيه انما هو في كونه فسخا أو طلاقا وعلى كل حال الحرمة ثابتة فانه لم يقل أحد ان المختلعة على مال تقع فرقتها طلاقا رجعيا وكذا لو نوى ثلاثا بالكناية فوقعن فوطئها في العدة عن الطلاق الثلاث وقال علمت انها حرام لا يحد لتحقق الاختلاف واذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية وعرف أن تحققها بقيام الدليل والثابت هنا قيام الخلاف ولم يعتبره أبو حنيفة حتى لم يخفف النجاسة به فوجهه أن قول المخالف عن دليل قائم البتة وان كان غير معمول به كما أن قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك غير معمول به في اثبات حقيقة ملك الأب لمال ابنه نفسه وهذه المسئلة يلغز بها فيقال مطلقة ثلاثا وطئت في العدة وقال علمت حرمتها لا يحد وهي ما وقوع الثلاث عليها بالكناية (قوله ولا حد على من وطئ جارية ولده أو ولد ولده) وان كان ولده حيا وان لم تكن له ولاية تملك مال ابن ابنه حال قيام ابنه وتقدمت هذه المسئلة في باب نكاح الرقيق ثم في الاستيلاد وهذا لان الشبهة حكمية لانها عن دليل هو ما رواه ابن ماجه عن جابر بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذري عن جابر أن رجلا قال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وأبي يريد أن يجتاح مالي فقال أنت ومالك لأبيك وأخرج الطبراني في الاصغر والبيهقي في دلائل النبوة عن جابر جاء رجل اليه عليه الصلاة والسلام فقال يا رسول الله إن أبيه يريد أن يأخذ ماله فقال عليه الصلاة والسلام ادعه لي فلما جاء قال له عليه الصلاة والسلام ان ابنك يزعم أنك تريد أن تأخذ ماله فقال سله هل هو الا عماته أو قراباته أو

وقوله (وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك) أي كذلك الحكم اذا نوى من ألفاظ الكناية ثلاثا ثم وطئها في العدة لا يحد وان قال علمت انها علي حرام لان اختلاف الصحابة لا يرتفع بنية الثلاث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد وقوله (ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده) يعني وان كان ولده حيا وقد يشير الى ذلك تعليل الكتاب وهو قوله والابوة قائمة في حق الجد

قال (و يثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية) وقد ذكرناه (واذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لى فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت أنها على حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه) لان بين هؤلاء انبساطا فى الانتفاع فظنه فى الاستمتاع

ما أنفقه على نفسى وعيالى قال فهبط جبريل عليه السلام فقال يا رسول الله ان الشيخ قال فى نفسه شعرا لم تسمعه أذناه فقال له عليه الصلاة والسلام قلت فى نفسك شعرا لم تسمعه أذناك فهاته فقال لا يزال يزيدنا الله بك بصيرة و يقينا ثم أنشأ يقول

غذوتك مولودا ومنتك يافعا * تعل بما أجنى عليك وتنهل
اذا ليلة ضافتك بالسقم لم أبت * لسقمك الا ساهرا أتململ
تخاف الردى نفسى عليك وانها * لتعلم أن الموت حتم موكل
كأنى أنا المطروق دونك بالذى * طرقت به دونى فعينى تهمل
فلما بلغت السن والغاية التى * اليك مرامافيك كنت أؤمل
جعلت جزائى غلظة وفظاظة * كأنك أنت المنعم المتفضل
فليتك اذ لم ترع حق أبوتى * فعلت كما الجار المجاور يفعل
فأوليتنى حق الجوار ولم تكن * على بمال دون مالك تبخل

قال فبكى صلى الله عليه وسلم ثم أخذ بتلبيب ابنه وقال اذهب أنت ومالك لأبيك وروى حديث جابر الاول من طرق كثيرة وقول المصنف بعد هذا (ويثبت النسب) يقتضى باطلاقه أن يثبت نسب ولد الجارية من وطء والد سيدها وجده وان كان والده الذى هو سيد الامة حيا فانه قال فى وضع المسئلة لا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده ثم قال و يثبت النسب أى من واطئ جارية ولده وولد ولده لكنه انما أراد من واطئ جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية وهو فرع تملكها والجد لا يملكها حال حياة الاب وما وقع فى نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لابى الليث اذا زنى بجارية نافلته والاب فى الاحياء وقال ظننت أنها على حرام لا يحد و يثبت النسب يجب الحكم بغلطه وأنه سقط عنه لفظة لا لان جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ونفس أبى الليث صرح فى شرح الجامع الصغير أنه لا يثبت لانه محجوب بالاب وصرح به فى الكافى وفى المبسوط ان من وطئ جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حيا لم تثبت دعوة الجد اذا كذبه وكذا الولد لان صحة الاستيلاد تبتنى على ولاية نقل الجارية الى نفسه وليس للجد ولاية ذلك فى حياة الاب ولكن ان أقر به ولد الولد عتق باقراره لانه زعم أنه ثابت النسب من الجد وانه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شئ على الجد من قيمة الامة لانه لم يتملكها وعليه العقر لان الوطء ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهى البنوة فيجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة أشهر لانا علمنا أن العلوق كان فى حياة الاب وانه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها الى نفسه وان كانت ولدته بعد موته بستة أشهر فهو مصدق فى الدعوة صدقه ابن الابن أو كذبه لان العلوق حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب كالاب فى الولاية فله أن ينقلها الى نفسه بدعوة الاستيلاد (قوله واذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت حلها لى فلا حد عليه ولا على قاذفه) وزفر يحده لقيام الوطء الخالى عن الملك وشبهته ولا عبرة بتأويله الفاسد كما لو وطئ جارية أخيه أو عمه على ظن الحل (وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه) فقال ظننت حلها لى لا يحد وان قال علمت حرمتها حد (لان بين هؤلاء) أى بين الانسان و بين أبيه وأمه وزوجته والعبد وأمة سيده (انبساطا فى الانتفاع فظن أن منه الاستمتاع) بخلاف ما بين

وقوله (وقد ذكرناه) أى فى باب نكاح الرقيق

فكان شبهة اشتباه الا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لى والفعل لم يدع فى الظاهر لان الفعل واحد (وان وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لى حد) لانه لا انبساط فى المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا (ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر) قضى بذلك على رضى الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد

الانسان وأخيه وعمه على ما يأتى (فكان شبهة اشتباه الا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه) وقوله (وكذا الجارية) أى اذا قالت الجارية ظننت أن عبد مولاى أو ابن مولاى أو مولاتى يحل لى أو زوج سيدتى وكذا فى الاخرين (والفعل لم يدع) ذلك لا يحد (فى ظاهر الرواية لان الفعل واحد) وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يحد الفحل لان الشبهة انما تمكنت فى التبع وهى المرأة لانها تابعة فى الزنا فلا تكون متمكنة فى الاصل بخلاف ثبوتها فى جانب العبد اذا قال ظننت حلها لان الثبوت فى الاصل يستتبع التبع وأجيب بان الفعل لما كان واحدا له نسبة اليهما كان ما يثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه وأورد عليه ما لو زنى البالغ بصبية يحد هو دونها أجيب بان سقوط الحد عن الصبية لا للشبهة فى الفعل فانه لم يثبت شبهة فوجب الحكم عليه وانما تعذر ايجابه عليها الا انها ليست أهلا للعقوبة بخلاف ما نحن فيه فان الشبهة لما تحققت فى الفعل نفت الحد عن طرفيه واذا سقط الحد كان عليه العقر لزوجته وغيرها ولا يثبت نسب ولدها لو جاءت به جارية الزوجة وغيرها وان صدقته الزوجة انه ولده (قوله وان وطئ جارية أخيه أو عمه) ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة (وقال ظننت انها تحل لى حد) لانه لا شبهة فى الملك ولا فى الفعل لعدم انبساط كل فى مال الآخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام لكنه ظن ان وطأه هذه ليس زنا محرما فلا يعارض ما فى المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم ان الزنا حرام وانما ينفيه مسئلة الحربى اذا دخل دار الاسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال لا يلتفت اليه ويحد وان كان فعله أول يوم دخل الدار لان الزنا حرام فى جميع الاديان والملل لا تختلف فى هذه المسئلة فكيف يقال اذا ادعى مسلم أصلى أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد ولو أراد أن المعنى ان شرط الحد فى نفس الامر علمه بالحرمة فى نفس الامر فاذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الجدوى أو غير صحيح لان الشرع لما أوجب على الامام أن يحد هذا الرجل الذى ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب فى نفس الامر لانه لا معنى لكونه واجبا فى نفس الامر الا وجوبه على الامام لانه لا يجب على الزانى أن يحد نفسه ولا أن يقر بالزنا بل الواجب عليه فى نفس الامر بينه وبين الله تعالى التوبة والانابة ثم اذا اتصل بالامام ثبوته وجب الحد على الامام هذا وأورد أنه لو سرق من بيت أخيه وعمه ونحوهم لا يقطع فظهر أن بينهما انبساطا أجيب بان القطع منوط بالاخذ من الحرز ودخوله فى بيت هؤلاء بلا حشمة واستئذان عادة ينفى معنى الحرز فانتفى القطع أما الحد فنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا (قوله ومن زفت) أى بعثت (اليه غير امرأته وقال النساء هى زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر) وهذه اجماعية لا يعلم فيها خلاف ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة

قوله (وكذا اذا قالت الجارية) معطوف على قوله وقال ظننت انها تحل لى وقد قدمناه وقوله (فى الظاهر) متعلق بقوله وكذا أى لا حد على العبد فى ظاهر الرواية (لان الفعل واحد) فورود الشبهة فى احد الجانبين يكفى لاسقاط الحد عن الآخر فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع ان الفعل هنالك أيضا واحد أجيب بان سقوط الحد فى جانب الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الاهلية للعقوبات وكلامنا فيما اذا تمكنت فى فعل واحد من أحد الجانبين شبهة فان ذلك يؤثر فى الجانب الآخر (وان وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت انها تحل لى حد لانه لا انبساط فى المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا) يعنى قوله لا انبساط فى المال فيما بينهما فان قيل لم لم يجعل هذا كالسرقة يعنى اذا سرق مال أخيه أو أخته لا يقطع أجيب بان بعضهم هنالك يدخل بيت بعض من غير استئذان ولا حشمة فلم يتحقق هنالك الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز وأما هنا فالحل دائر مع الملك أو العقد ولم يوجد الملك ولا شبهته ولا العقد فيجب الحد قال (ومن زفت اليه غير امرأته) هذا من باب الشبهة فى المحل لان الفعل صدر منه بناء على دليل أطلق الشرع له العمل به وهو الاخبار بانها امرأته فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور كمن اشترى جارية فوطئها ثم استحقت اعتبر الملك كالثابت لدفع الغرور كذلك ههنا ولهذا اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كانت الشبهة فى الفعل لما ثبت وكلامه واضح

من

(قوله هذا من باب الشبهة فى المحل) أقول فيه بحث بل الظاهر أنه من باب شبهة الاشتباه كما صرح به الزيلعى والنسفى فى الكافى وصاحب الايضاح ألا ترى أن الظاهر انه ان علم انها ليست امرأته يحد وذلك يكون فى شبهة الاشتباه ليس الا (قوله بناء على دليل أطلق الشرع الخ) أقول نعم الا انه مع قيام دليل الحرمة والشبهة فى المحل تكون مع قيام الدليل النافى للحرمة (قوله ولو كانت الشبهة فى الفعل لما ثبت) أقول فيه أن القياس كان ذلك الا انه ثبت على خلاف القياس دفعا لضرر الغرور كما اعترف به

دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لايميز بين امرأته و بين غيرها في أول الوهلة فصار كالمغرور ولايحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان الملك منعدم حقيقة (ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان أعمى لانه يمكنه التميز بالسؤال وغيره الا ان كان دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة) ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا أضيف الى الذكور

من المشايخ ودفع بانه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب فالاوجه انها شبهة دليل فان قول النساء هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء فان قول الواحد مقبول في المعاملات ولهذا حل وطء الامة اذا جاءت الى رجل وقالت مولاي أرسلني اليك هدية فاذا كان دليلا غير صحيح في الواقع أوجب الشبهة التي يثبت معها النسب وعلى المزفوفة العدة (قوله ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف) فان احصانه لا يسقط عنده بهذا الوطء لانه وطئها على انه نكاح صحيح معتمد دليلا ولذا يثبت النسب والمهر باجماع الصحابة فيكون وطأ حلالا ظاهرا وأجيب بانه لما تبين خلاف الظاهر بقي الظاهر معتبرا في ايراث الشبهة وبالشبهة سقط الحد لكن سقط احصانه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لان في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا والحاصل انه لو اعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب وأطلقوا ان فيها لا يثبت النسب وان اعتبر شبهة محل اقتضى أنه لو قال علمتها حراما علي لا يحد و يحد قاذفه والحق أنه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الاخبار يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل لان الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحو أنت ومالك لابيك والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير أنه مستثنى من الحكم المرتب عليه أعني عدم ثبوت النسب للاجماع فيه وبهذه والمعتدة تظهر عدم انضباط ما مهدوه من أحكام الشبهتين (قوله ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) خلافا للائمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل ولنا أن المسقط شبهة الحل ولا شبهة ههنا أصلا سوى أن وجدها على فراشه ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن اليه (وهذا لانه قد ينام على الفراش غير الزوجة) من حبائبها الزائرات لها وقراباتها فلم يستند الظن الى ما يصلح دليل حل فكان كالوطء المستأجرة للخدمة والمودعة حلالا فوطئها فانه يحد قال (وكذا اذا كان أعمى) لان الوجود على الفراش كما ذكرنا ليس صالحا لاستناد الظن اليه (وغيره) مثل ما يحصل بالنغمة والحركات المألوفة فيحد أيضا (الا اذا دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل) وجاز تشابه النغمة خصوصا ولم تطل الصحبة وقيد بقوله وقالت أنا زوجتك لانها لو لم تقله بل اقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد لانه يمكن التميز بأكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا في اطمئنان النفس الى أنها هي (قوله ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها) بأن كانت من ذوي محارمه بنسب كامه أو ابنته (فوطئها لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة) وسفيان الثوري وزفر وان قال علمت انها علي حرام ولكن يجب عليه بذلك المهر و يعاقب عقوبة هي أشد ما يكون من التعزير سياسة لا حدا مقدرا شرعا اذا كان عالما بذلك واذا لم يكن عالما لا حد ولا عقوبة تعزير (وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي) وكذا مالك وأحمد (يجب الحد اذا كان عالما بذلك) (١) وكان يجب أن يوسط الضمير المنفصل فيقول وقالا هما والشافعي لما عرف أن العطف على ضمير الرفع المتصل

قوله (ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف) يعني انه يقول فيها ان احصانه لم يسقط بهذا الفعل لانه بنى الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطء حلالا في الظاهر فلا يسقط به احصانه ووجه الظاهر أن الملك منعدم حقيقة فلم يبق الظاهر الا شبهة وبها يسقط الحد ولا يقام الحد على قاذفه وقوله (لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها) يعني فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد وانما قال (وقالت أنا زوجتك) لانها اذا أجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كذا في الايضاح (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يجب عليه الحد اذا كان علم بذلك لان هذا عقد لم يصادف محله) وكل عقد لم يصادف محله يلغو (كما اذا أضيف الى الذكور)

(قوله ووجه الظاهر الى قوله ولا يقام الحد على قاذفه) أقول فيه بحث

---

(١) وكان يجب الخ هذا انما يتمشى على نسخة وقالا والشافعي بعطف الظاهر على الضمير كما هو ظاهر كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي

وهذا الان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة رحمه الله أن العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي أن ينعقد في جميع الاحكام الا أنه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر

لا يجوز الا أن يفصل بضمير منفصل أو غيره على قول والانشاد ضعيف وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع أو صهر به متفق عليه وأما غير ذلك ففي الكافي لحافظ الدين منكوحة الغير ومعتدته ومطلقته الثلاث بعد التزوج كالمحرم قال وان كان النكاح مختلفا فيه كالنكاح بلا ولي وبلا شهود فلا حد عليه اتفاقا لتمكن الشبهة عند الكل وكذا اذا تزوج أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو أمة بلا اذن سيدها أو تزوج العبد بلا اذن سيده فلا حد عليه اتفاقا أما عنده فظاهر وكذا عندهما لان الشبهة انما تنتفي عندهما اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التأبيد وفي بعض الشروح أراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة وأخت المرأة في عدتها والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد أو الامة بلا اذن المولى والنكاح بغير شهود ففي كل هذا لا يجب الحد عند أبي حنيفة وان قال علمت أنها علي حرام وعندهم يجب اذا علم بالتحريم والا فلا ثم قال ولكنهما قالا فيما ليس بحرام على التأبيد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل في الكافي الامة على الحرة والمجوسية والامة بلا اذن السيد وتزوج العبد بلا اذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارح من محل الخلاف فعندهما يحد وأضاف الى ذلك ما سمعت ثم لا يخفى ما في عبارته من عدم التحرير ثم قول حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحد في تزوج المجوسية وما معها لان الشبهة انما تنتفي عندهما يعني حتى يجب الحد اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التأبيد يقتضي حينئذ أن لا يحد عندهما في تزوج منكوحة الغير وما معها لانها ليست محرمة على التأبيد فان حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدتها كما أن حرمة المجوسية مغياة بتمجسها حتى لو أسلمت حلت كما أن تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وأنه لا يحد عندهما الا في المحارم فقط وهذا هو الذي يغلب على ظني والذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم مثل ابن المنذر كذلك ذكروا فحكى ابن المنذر عنهما أنه يحد في ذات المحرم ولا يحد في غير ذلك قال مثل أن يتزوج مجوسية أو خامسة أو معتدة وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها قال لا حد عليه وان فعله على علم لم يحد أيضا ويوجع عقوبة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ان علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم الى هنا لفظه فعمم في المرأة التي لا تحل له في سقوط الحد على قول أبي حنيفة ثم خص مخالفتهما بذوات المحارم من ذلك العموم فاللفظ ظاهر في ذلك على ما عرف في الروايات وفي مسئلة المحارم رواية عن جابر رضي الله عنه أنه يضرب عنقه ونقل عن أحمد واسحق وأهل الظاهر وقصر ابن حزم قتله على ما اذا كانت امرأة أبيه قصرا للحديث الآتي على مورده وفي رواية أخرى عن أحمد تضرب عنقه ويؤخذ ماله لبيت المال وذلك لحديث البراء قال لقيت خالي ومعه راية فقلت له أين تريد قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل نكح امرأة أبيه أن أضرب عنقه وآخذ ماله وهذا الحديث رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وقع على ذات محرم منه فاقتلوه وأجيب بأن معناه أنه عقد مستحلا فارتد بذلك وهذا لان الحد ليس ضرب العنق وأخذ المال بل ذلك لازم للكفر وفي بعض طرقه عن معاوية بن قرة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث جد معاوية الى رجل عرس بامرأة

قوله (وهذا الان محل التصرف) بيان لقوله عقد لم يصادف محله لان محل التصرف (ما يكون محلا لحكمه) وهذا المحل ليس محلا لحكمه (لان حكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة أن العقد صادف محله لان محل التصرف ما يكون قابلا لمقصوده) وهو التوالد ههنا (وبنات آدم قابلة لذلك) قوله وهذا المحل ليس محلا لحكمه قلنا ليس محلا لحكمه أصلا أو في وقت دون وقت والاول ممنوع لانه كان محلا له في شريعة من قبلنا والثاني مسلم ولكن كونه محلا في الجملة لم لا يجوز أن يكون شبهة في درء الحد فان الفعل لم يقع زنا لا لغة ولا عرفا فان أهل اللغة لا يفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد والفرض وجوده وأولاد أهل الذمة من محارمهم لا تنسب الى الزنا في العرف وهم يقرون على نكاح المحارم ولا يقرون على الزنا بل يحدون عليه (و) اذا ثبت أن العقد صادف محله (كان ينبغي أن ينعقد في حق جميع الاحكام الا أنه تقاعد عن افادة حقيقة الحل) بتحريم الشرع في ديننا (فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت الا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر)

أبيه أن يضرب عنقه ويخمس ماله وهذا يدل على أنه استحل ذلك فارتد به ويدل على ذلك أنه ذكر في الحديث أنه عرس بها وتعريسه بها لا يستلزم وطأه اياها وغير الوطء لا يحد به فضلا عن القتل فحيث كان القتل كان للردة وهذا لا يخلو عن نظر فان الحكم لما كان عدم الحد والقتل بغير الوطء كان قتله جائزا كونه لوطئه وكونه لردته فلا يتعين كونه للردة ويجاب بأنه أيضا لا يتعين كونه للوطء فلا دليل فيه على أحدهما بعينه وذلك يكفينا وقالوا جاز فيه أحد الامرين أنه للاستحلال أو أمر بذلك سياسة وتعزيرا وجه القائل بالحد أنه وطء في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطئ أهل للحد عالم بالتحريم فيجب الحد كما لو لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لانه نفسه جناية هنا توجب العقوبة انضمت الى الزنا فلم تكن شبهة كما لو أكرهها وعاقبها ثم زنى بها ومدار الخلاف أن هذا العقد يوجب شبهة أم لا فعندهم لا كما ذكر وعند أبي حنيفة وسفيان وزفر نعم ومدار كونه يوجب شبهة على أنه ورد على ما هو محله أولا فعندهم لا لان محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات في سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده لانه لا انعقاد في غير المحل كما لو عقد على ذكر وعنده نعم لان المحلية ليست لقبول الحل بل لقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها وبتأمل يسير يظهر أنهم لم يتواردوا على محل واحد في المحلية فهم حيث نفوا محليتها أرادوا بالنسبة الى خصوص هذا العاقد أي ليست محلا لعقد هذا العاقد ولذا عللوه بعدم حلها ولا شك في حلها لغيره بعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو العقد وهو حيث أثبت محليتها أراد محليتها لنفس العقد لا بالنظر الى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها مقاصده فان قلت فقد أطلق الكل من الحنفية في الفقه والاصول عدم محلية المحارم لنكاح المحرم ففي الاصول حيث قالوا ان النهي عن المضامين والملاقيح ونكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله وفي الفقه كثير ومنه قولهم محل النكاح أنثى من بنات آدم ليست من المحرمات فالجواب أن المراد نفي المحلية لعقد الناكح الخاص وأنت علمت ان أبا حنيفة انما أثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر الى خصوص ناكح ولا شك في ذلك بقي النظر في أن أي الاعتبارين في ثبوت المحلية أولى كونه قابلا للمقاصد أو كونه محلا لا ان نظرنا الى المعنى وهو أن الاصل أن يتبع الحل قيام الحاجة لتدفع به وهو المقصود ترجح قوله أو الى السمع أعني محل الاجماع وهو قول الكل ان الميتة ليست محلا للبيع مع أنها انما فيها عدم الحل ترجحوا وقد رجح قول أبي حنيفة بقوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها حكم بالبطلان وأوجب المهر وهو مسقط للحد بالاتفاق وكونه لا يعتقده على ظاهره لا يضر لانه مؤول بتأويلين أحدهما أنه آيل الى البطلان باعتراض الولي بان كان غير كفء والآخر تخصيصه بما اذا لم يكن للمرأة ولاية على نفسها كالامة والصبية وعلى هذا فهو باطل على ظاهره وهو أقرب التأويلين لندرة فسخ ولي بسبب عدم كفاءة من زوجت المرأة نفسها منه وقد حكم فيه بالمهر ان دخل لكن في الخلاصة قال الفتوى على قولهما ولعل وجهه أن تحقق الشبهة يقتضي تحقق الحل من وجه لان الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن حلها ليس ثابتا من وجه والا وجبت العدة وثبت النسب ودفع بأن من المشايخ من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة أقل ما يبتنى عليه وجود الحل من وجه وهو منتف في المحارم وشبهة الحل ليس ثبوت الحل من وجه فان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت فلا ثبوت لما فالشبهة الثبوت بوجه من الوجوه ألا ترى أن أبا حنيفة ألزم عقوبته بأشد ما يكون وانما لم يثبت عقوبة هي الحد فعرف أنه زنا محض عنده الا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه ومن شبهة العقد ما اذا استأجرها ليزني بها ففعل لا حد عليه ويعزر وقالا هما والشافعي ومالك وأحمد يحد لان عقد الاجارة لا يستباح بها البضع فصار كما لو استأجرها للطبخ ونحوه من الاعمال ثم زنى بها فانه يحد اتفاقا وله

(ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج يعزر) لانه منكر ليس فيه شئ مقدر (ومن أتى امرأة في الموضع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة و يعزر وزاد في الجامع الصغير و يودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد) وهو أحد قولي الشافعي وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول و يروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما أنه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد و اشتباه الانساب وكذا هو أندر وقوعا لانعدام الداعي من أحد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين ومارواه محمول على السياسة أو على المستحل الا أنه يعزر عنده لما بيناه

أن المستوفى بالزنا المنفعة وهي المعقود عليه في الاجارة لكنه في حكم العين فبالنظر الى الحقيقة تكون محلا لعقد الاجارة فأورث شبهة بخلاف الاستئجار للطبخ ونحوه لان العقد لم يضف الى المستوفى بالوطء والعقد المضاف الى محل يورث الشبهة فيه لا في محل آخر وفي الكافي لو قال أمهرتك كذا لازني بك لم يجب الحد وهكذا لو قال استأجرتك أو خذي هذه الدراهم لاطأك والحق في هذا كله وجوب الحد اذ المذكور معنى يعارضه كتاب الله قال الله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا فالمعنى الذي يفيد أن فعل الزنا مع قوله أزني بك لا يجلد معه للفظة المهر معارض له (قوله ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج) بأن أولج في مغابن بطنها ونحوه وليس المراد ما يعم الدبر وهي المسئلة الآتية (يعزر لانه منكر) محرم (ليس فيه تقدير) ففيه التعزير ومثله ما اذا أتت امرأة امرأة أخرى فانهما يعزران لذلك (قوله ومن أتى امرأة) أي أجنبية (في الموضع المكروه) أي دبرها (أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ولكنه يعزر) و يسجن حتى يموت أو يتوب ولو اعتاد اللواطة قتله الامام محصنا كان أو غير محصن سياسة أما الحد المقدر شرعا فليس حكمه وقالا هو كالزنا وهذه العبارة تفيد اعترافهما بأنه ليس من نفس الزنا بل حكمه حكم الزنا فيحد جلدا ان لم يكن أحصن ورجما ان أحصن وذكر في الروضة أن الخلاف في الغلام أما لو وطئ امرأة في دبرها حد بلا خلاف والاصح أن الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لا يحد اجماعا كذا في الكافي نعم فيه ما ذكرناه من التعزير والقتل لمن اعتاده ان رأى الامام ذلك لكن للشافعي في عبده وأمته ومنكوحته قولان وهل تكون اللواطة في الجنة أي هل يجوز كونها فيها قيل ان كان حرمتها عقلا وسمعا لا تكون وان كان سمعا فقط جاز أن تكون والصحيح أنها لا تكون فيها لانه تعالى استبعده واستقبحه فقال ما سبقكم بها من أحد من العالمين وسماه خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث والجنة منزهة عنهما (وقال) الشافعي (في قول يقتلان) ففي وجه بالسيف (بكل حال) أي بكرين كانا أو ثيبين وفي قول يرجمان بكل حال وبه قال مالك وأحمد وفي قول آخر وهو الصحيح من مذهبه يحد جلدا وتغريبا ان كان بكرا

قوله (ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج) أي في غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين (عزر لانه فعل منكر ليس فيه شئ مقدر) قوله (ومن أتى امرأة) قيل يريد أجنبية لانه اذا أتى امرأته أو مملوكته (في الموضع المكروه) أي الدبر لا يحد حد الزنا عندهما أيضا وان كان محرما عليه وبه صرح في الزيادات لان من الناس من يستحله بقوله تعالى الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم من غير فصل بين محل ومحل (أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة و يعزر وزاد في الجامع الصغير و يودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد) حد الزنا جلدا ان كان غير محصن و رجما ان كان محصنا (وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول آخر يقتلان بكل حال) أي سواء كانا محصنين أو لم يكونا (لقوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه) أي اللواط (في معنى الزنا) وقيل أي كل واحد من العمل في الموضع المكروه وفعل اللواط وفي بعض النسخ انهما في معنى الزنا (لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء) وهو مناط الحد في الزنا فيلحق به اللواط بالدلالة لا بالقياس لان القياس لا يدخل فيما يدرأ بالشبهات (وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار عليه والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك) من الحبس في أنتن المواضع حتى يموتا ولم يختلفوا في موجب الزنا فدل على انه ليس بزنا (ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب) بخلاف الزنا (وكذا هو أندر وقوعا) من الزنا (لانعدام الداعي في أحد الجانبين) يعني على ما هو الجبلة السليمة (والداعي الى الزنا من الجانبين) واذا لم يكن في معناه لا يلحق به دلالة فبقي القياس والقياس في مثله باطل (ومارواه) من قتلهما أو رجمهما (محمول على السياسة أو على المستحل) للكفر بذلك (الا أنه يعزر عنده) أي عند أبي حنيفة (لما بينا) أنه ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدر قال في الزيادات والرأي فيه الى الامام ان شاء قتله ان اعتاد ذلك وان شاء ضربه وحبسه فقوله الا أنه استثناء من قوله ولا هو في معنى الزنا

بكر او رجما ان أحصن وجه القتل ماروى أبوداود والترمذى وابن ماجه عن عبد العزيز بن محمد الدراوردى عن عمرو بن أبى عمرو عن عكرمة من حديث ابن عباس رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوه الفاعل والمفعول به قال الترمذى انما يعرف هذا من حديث ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام من هذا الوجه ورواه محمد بن اسحق عن عمرو بن أبى عمرو فقال ملعون من عمل عمل قوم لوط ولم يذكر فيه القتل وروى عن عاصم بن عمر عن سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال اقتلوا الفاعل والمفعول به وفى اسناده مقال ولا يعلم أحد رواه عن سهيل بن أبى صالح غير عاصم بن عمر العمرى وهو يضعف فى الحديث من قبل حفظه وبسند السنن رواه أحمد فى مسنده والحاكم وقال صحيح الاسناد وقال البخارى عمرو بن أبى عمرو صدوق لكنه روى عن عكرمة مناكير وقال النسائى ليس بالقوى وقال ابن معين ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام اقتلوا الفاعل والمفعول به وقد أخرج له الجماعة وأخرجه الحاكم بطريق آخر وسكت عنه وتعقبه الذهبى بان عبد الرحمن العمرى ساقط واذا كان الحديث بهذه المثابة من التردد فى أمره لم يجز أن يقدم به على القتل مستمرا على أنه حد ولو سلم حمل على قتله سياسة ولهما أنه فى معنى الزنا لانه قضاء الشهوة فى محل مشتهى على وجه الكمال لمجرد قصد سفح الماء بل أبلغ حرمة وتضييعا للماء لان الحرمة قد تنكشف فى الزنا بالعقد وقد يتوهم الولد فيه بخلاف اللواطة فيهما فيثبت حكم الزنا له بدلالة نص حد الزنا لا بالقياس ولابى حنيفة أنه ليس بزنا ولا معناه فلا يثبت فيه حد وذلك لان الصحابة اختلفوا فى موجبه فنهم من أوجب فيه التحريق بالنار ومنهم من قال يهدم عليه الجدار ومنهم من يلقيه من مكان مرتفع مع إتباع الاحجار فلو كان زنا فى اللسان أو فى معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على إيجاب حد الزنا عليه فاختلافهم فى موجبه وهم أهل اللسان أدل دليل على أنه ليس من مسمى لفظ الزنا لغة ولا معناه وأما الاستدلال بقول القائل

من كف ذات حر فى زى ذى ذكر * لها محبان لوطى وزناء

فلعدم معرفة من ينسب اليه البيت وقول من قال حيث قال قائلهم وذكر البيت غلط وذلك أنه ليس بعربى بل هو من شعر أبى نواس من قصيدته التى أولها

دع عنك لومى فان اللوم إغراء * وداونى بالتى كانت هى الداء

وهى قصيدة معروفة فى ديوانه وهو مولد لا تثبت اللغة بكلامه مع أنه ينبغى تطهير كتب الشريعة عن أمثاله وأيضا لا يثبت دلالة لان المعنى المحرم فى الزنا ليس اضاعة الماء من حيث هو اضاعته لجواز اضاعته بالعزل بل افضاؤه الى اضاعة الولد الذى هو اهلاك معنى فان ولد الزنا ليس له أب يربيه والام عفردها عاجزة عنه فيشب على أسوإ الاحوال ولانه قد يدعيه بعض السفهاء وان لم يثبت نسبه شرعا ليختص به وينفعه ويشتبه على من هوله فيقع التقاتل والفتنة وليس شئ من ذلك فى اللواط (وكذا هو أندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعى من الجانبين) على الاستمرار بخلاف الزنا المتحقق من الجانبين فيه على وجه الاستمرار لندرة وقوع الزنا بصبية لا تشتهى أصلا اذ قلما يكون ذلك ولا عبرة بأوكدية الحرمة فى ثبوت عين موجب الآخر ولذا لا يحد بشرب البول المجمع على نجاسته ويحد بشرب الخمر فيلزم من هذا أن لا يثبت الحد بطريق الدلالة الا اذا كان فى المساوى من كل وجه دون الاعلى بل ذلك قد يكون له زاجر قوى وقد لا الا ابعاد عقاب الآخرة ﴿وأما تخريج ما عن الصحابة فروى البيهقى فى شعب الايمان من طريق ابن أبى الدنيا حدثنا عبد الله بن عمر حدثنا عبد العزيز بن أبى حازم عن داود بن بكر عن محمد بن المنكدر أن خالد بن الوليد كتب الى أبى بكر انه وجد رجلا فى بعض نواحى العرب ينكح كما تنكح المرأة فجمع أبو بكر الصحابة فسألهم فكان من أشدهم فى ذلك قولا على رضى الله عنه قال

(ومن وطئ بهيمة فلاحد عليه) لانه ليس فى معنى الزنا فى كونه جناية وفى وجود الداعى لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا أنه يعزر لما بيناه والذى يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب (ومن زنى فى دار الحرب أو فى دار البغى ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد) وعند الشافعى رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه احكامه أينما كان مقامه

هذا ذنب لم يعص به الا أمة واحدة صنع الله بها ما علمتم نرى أن نحرقه بالنار فاجتمع رأى الصحابة على ذلك قال ورواه الواقدى فى كتاب الردة فى آخر ردة بنى سليم وروى ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا غسان بن مضر عن سعيد بن يزيد عن أبى نضرة قال سئل ابن عباس ما حد اللواطة قال ينظر الى أعلى بناء فى القرية فيرمى منه منكسا ثم يتبع بالحجارة ورواه البيهقى أيضا من طريق ابن أبى الدنيا وكأن مأخذ هذا أن قوم لوط أهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم ولا شك فى اتباع الهدم بهم وهم نازلون وذكر مشايخنا عن ابن الزبير يحبسان فى أنتن المواضع حتى يموتا نتنا وأما استدلالهم بتسميتها فاحشة فى قوله تعالى أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين فمدفوع بأن الفاحشة لا تخص لغة الزنا قال تعالى ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن وقول المصنف (الا أنه يعزر لما بينا) أى من أنه منكر ليس فيه شئ مقدر (قوله ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه) وكذا اذا زنى بميتة لانه للزجر وانما يحتاج الى الزجر فيما طريق وجوده منفتح سالك وهذا ليس كذلك لانه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وان اتفق لبعضهم ذلك لغلبة الشبق فلا يفتقر الى الزاجر لزجر الطبع عنه (ولهذا لا يجب ستره فى البهيمة الا أنه يعزر لما بينا) من أنه منكر ليس فيه تقدير شرعى ففيه التعزير (والذى يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع) امتداد (التحدث به) كلما رؤيت فيتأذى الفاعل به وليس بواجب واذا ذبحت وهى مما لا تؤكل ضمن قيمتها ان كان مالكها غيره لانها ذبحت لاجله وان كانت مما تؤكل أكلت وضمن عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف لا تؤكل والمراد بالمروى ما روى أصحاب السنن الاربعة عن عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها قلت له ما شأن البهيمة قال ما أراه قال ذلك الا أنه كره أن يؤكل لحمها أو ينتفع بها وقد عمل بها ما عمل ولعل قول ابن عباس هذا هو المتمسك لابى يوسف فى عدم أكلها الا أن المعنى الذى عينه الاصحاب من قطع التعيير أقرب الى النفس رواه ابن ماجه عن ابراهيم بن اسمعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمرو بن أبى عمرو وتقدم الكلام على عمرو وهذا وأما ابراهيم بن اسمعيل بن أبى حنيفة فقال أحمد ثقة وقال البخارى منكر الحديث وضعفه غير واحد من الحفاظ وضعف أبو داود هذا الحديث بطريق آخر وهو أنه روى عن عاصم ابن أبى النجود عن أبى رزين عن ابن عباس موقوفا عليه ليس على الذى يأتى البهيمة حد وهو الذى روى عنه الرفع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلهما وتأويله المذكور آنفا ومحال أن يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القتل ثم يخالفه وكذا أخرجه الترمذى والنسائى وقال الترمذى وهذا أصح من الاول ولفظه من أتى بهيمة فلا شئ عليه وأخرج الحاكم حديث عمرو بن أبى عمرو بزيادة وقال صحيح الاسناد (قوله ومن زنى فى دار الحرب أو فى دار البغى ثم خرج الينا) فأقر عند القاضى به (لا يقام عليه الحد وعند الشافعى) ومالك (يحد لانه التزم باسلامه أحكام الاسلام أينما كان مقامه) قلنا سلمنا انه ملتزم للاحكام لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزمه بالتزامه أحكام الاسلام بل انما يتضمن التزامه تسليم نفسه اذا وجب عليه الحد عند القاضى فقضى باقامته عليه وليس الكلام فى هذا بل فى نفس وجوب الحد وانما يجب على الامام عند ثبوته عنده فهذا الدليل فى غير محل النزاع فالوجه أن يقال وجب على الامام الاقامة على الزانى مطلقا أينما كان زناه وحينئذ نقول امتنع بالنص

(ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس فى معنى الزانى كونه جناية) اذ ليس فيه تضييع الولد ولا افساد الفراش (و) لا (فى وجود الداعى لان الطبع السليم ينفر عنه وانما يحمله على ذلك نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره) أى ستر فرج البهيمة وانما أضمر عليه وان لم يسبق ذكره لان ذكر البهيمة يستلزمه فكان مرجعه حكما (الا أنه يعزر لما بينا) أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر وما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من أتى بهيمة فاقتلوه شاذ لا يعمل به ولو ثبت فتأويله مستحل ذلك الفعل (والذى يروى أنه تذبح البهيمة) وهو ما روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه أتى برجل أتى بهيمة فأمر بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار (فذلك لقطع التحدث به) كى لا يعير بها الرجل اذا كانت البهيمة باقية (لا أنه واجب) قال (ومن زنى فى دار الحرب أو فى دار البغى ثم خرج الينا) وأقر عند الامام بالزنا (لا يقام عليه الحد وقال الشافعى رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه أحكامه أينما كان مقامه

ولناقوله صلى الله عليه وسلم لاتقام الحدود فى دار الحرب) ووجه التمسك به انه صلى الله عليه وسلم لم يرد به حقيقة عدم الاقامة حسا لان كل واحد يعرف انه لايمكن اقامة الحد فى دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد بعدم الاقامة عدم وجوب الحد فان قيل هذا الحديث معارض بقوله فاجلدوا فلا يقبل أجيب بان مواضع الشبهة خصت من ذلك فيجوز التخصيص بعد ذلك بخبر الواحد والقياس لانه لم يبق حجة قطعية على هذا أطبق الشارحون وفيه نظر يعرف باستحضار قواعد الاصول وهو أن التخصيص بهما انما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وليس فى الآية بموجود ويجوز أن يقال حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله تعالى كل واحد منهما فان الضمير راجع الى الزانى والزانية والزنا وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهته كما تقدم فخرج منه من لم يكن رجلا واذا خص مقارنا جاز التخصيص بعده بخبر الواحد والقياس وقوله (ولان المقصود هو الانزجار) يعنى ان وجوب الحد ليس لعينه وانما هو للانزجار والانزجار يحصل بالاستيفاء والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الامام فلو وجب الحد لعرى عن الفائدة وذلك لايجوز واذا لم ينعقد موجبا لايقام بعد ماخرج لئلا يقع الحكم بغير سبب وأنث الضمير فى قوله لانها لم تنعقد بتأويل الفاحشة قال الله تعالى ولاتقربوا الزنا انه كان فاحشة أو بتأويل الوطأة

ولناقوله عليه السلام لاتقام الحدود فى دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولاتقام بعد ماخرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولوغزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وأمير مصر يقيم الحد على من زنى فى معسكره لانه تحت يده بخلاف أمير العسكر والسرية لانه لم تفوض اليهما الاقامة

وهو قوله عليه الصلاة والسلام لاتقام الحدود فى دار الحرب ولان الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للامام عليه حال كونه فى دار الحرب فلا وجوب والا عرى عن الفائدة لان المقصود منه الاستيفاء ليحصل الزجر والفرض ان لاقدرة عليه واذا خرج والحال انه لم ينعقد سببا للايجاب حال وجوده لم ينقلب موجبا له حال عدمه لكن الحديث المذكور وهو قوله عليه السلام لاتقام الحدود فى دار الحرب لم يعلم له وجود وروى محمد فى كتاب السير الكبير عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من زنى أوسرق فى دار الحرب وأصاب بها حدا ثم هرب فخرج الينا فانه لايقام عليه الحد والله أعلم به وعن الشافعى قال قال أبو يوسف حدثنا بعض أشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لاتقام الحدود فى دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو قال وحدثنا بعض أصحابنا عن ثور بن يزيد عن حكيم بن عمير أن عمر بن الخطاب كتب الى عمير بن سعد الانصارى والى عماله أن لاتقيموا الحدود على أحد من المسلمين فى أرض الحرب حتى يخرجوا الى أرض المصالحة قال الشافعى ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت وأنت تعلم أن هذا نوع انقطاع ومعتقد أبى يوسف انه داخل فى الارسال وان حذف الشيخ لايكون من العدل المجتهد الا للعلم بثقته فلا يضر على رأى مثبتى المرسل شئ من ذلك بعد كون المرسل من أئمة الشان والعدالة وهذا الاخير رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا ابن المبارك عن أبى بكر بن أبى مريم عن حكيم بن عمير به وزاد لئلا تحمله حمية الشيطان أن يلحق بالكفار * انتهى أثر آخر * رواه ابن أبى شيبة أيضا حدثنا ابن المبارك عن أبى بكر بن عبد الله بن أبى مريم عن حميد بن عقبة بن رومان ان أبا الدرداء نهى أن يقام على أحد حد فى أرض العدو وأخرج أبو داود والترمذى والنسائى عن بسر بن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لاتقطع الايدى فى السفر انتهى ولفظ الترمذى فى الغزو وقال الترمذى حديث غريب والعمل عليه عند بعض أهل العلم منهم الاوزاعى يرون أن لايقام الحد فى الغزو بحضرة العدو مخافة أن يلحق من يقام عليه الحد بالعدو فاذا رجع الامام الى دار الاسلام أقام عليه الحد * واعلم ان مع الاوزاعى أحمد واسحق فذهبهم تأخير الحد الى القفول و بسر بن ارطاة و يقال ابن أبى ارطاة اختلف فى صحبته قال البيهقى فى المعرفة أهل المدينة ينكرون سماع بسر من النبى صلى الله عليه وسلم وكان يحيى بن معين يقول بسر بن ارطاة رجل سوء قال البيهقى وذلك لما اشتهر من سوء فعله فى قتال أهل الحرة اهـ فلو أنه سمعه منه عليه الصلاة والسلام لاتقبل رواية من رضى ماوقع عام الحرة وكان من أعوانها والحق أن هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب للعمل معللة بمخافة لحاق من أقيم عليه بأهل الحرب وانه يقام اذا خرج وكونه يقيمه اذا خرج الى دار الاسلام خلاف المذهب فان قيل ليس معنى قوله فى الآثار المتقدمة حتى يخرجوا الى أرض المصالحة انه حينئذ يقيم حد الزنا الذى كان فى دار الحرب بل انه اذا صار الى أرض المصالحة يقيم عليه حد الزنا اذا زنى قلنا أظهر الاحتمالين الاول ولو سلم احتمالهما على السواء فلا يترجح الثانى وعلى اعتبار الاحتمال الاول هو خلاف المذهب مع انها معارضة بما أخرجه

 وقوله (ولوغزا) ظاهر وقوله (فى معسكره) اشارة الى أنه لو خرج من معسكره ودخل دار الحرب وزنى فيها ثم خرج لايقام عليه الحد (والسرية) قيل هم الذين يسيرون بالليل ويختفون بالنهار ومنه خير السرايا أربعمائة

(قوله اجيب بأن مواضع الشبهة خصت من ذلك الى قوله وفيه نظر) أقول قوله خصت يعنى بالاجماع كما ذكره الكاكى فيندفع نظره بذلك (قوله فخرج منه من لم يكن رجلا الخ) أقول فيه بحث فان الزانى لم يتناوله ولا خروج الا بعد الدخول فأين التخصيص

وقوله (واذادخل حربى دارنابامان) حاصل اختلاف أصحابنا فى هذه المسئلة شمول الوجوب فى الذمى والذمية وشمول العدم فى الحربى والحربية عندأبى حنيفة وهذا الشمول لايتغير بمغايرة أحد الطرفين للآخر بكونه حربيا أوذميا أوذكرا أوأنثى وعندمحمدعدم التغير ثابت فى جانب الحربى والحربية وأما فى جانب الذمى فيتفاوت بين الذكر والانثى فيما اذا اختلف حالهما حيث يحد الذمى ولا تحد الحربية وفى العكس لايحدان وهوقول (١٥٤) أبى يوسف أولا وقال آخرا بشمول الوجوب فى الانواع كلها (له أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه فى دارنا كما أن الذمى التزمها مدة عمره ومن التزم أحكامنا تنفذ عليه كالمسلم والذمى (ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا) فان قيل لو كان كذلك لاقيم عليه حد الشرب لانه من أحكامنا أجاب بقوله (بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته) فان قلت فهو يعتقد اباحة قتل المسلم وقذفه فينبغى أن لايقتص منه ولا يحد لقذفه قلت المعنى باعتقاد الاباحة هو أن يكون ذلك دينا وقتل النفس والقذف حرام فى دينهم فاباحتهم ذلك ليست بدين وانما هو هوى وتعصب (ولابى حنيفة ومحمد ان التزام الاحكام انما هو بالتزام القرار فى الدار لان الاتصاف بكونه من دارنا انما يكون بذلك والحربى ما التزم ذلك لانه دخل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمى به) واذا لم يصر من دارنا وكان دخوله لحاجة (كان ملتزما من الاحكام ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد) لانه لما لم يدخل الاطامعا فى الانصاف أى العدل لاجله على غيره (يلتزم الانتصاف) أى العدل لغيره عليه لان الغرم بازاء الغنم

(واذا دخل حربى دارنا بامان فزنى بذمية أوزنى ذمى بحربية يحد الذمى والذمية عندأبى حنيفة ولا يحد الحربى والحربية وهوقول محمد رحمه الله فى الذمى) يعنى اذا زنى بحربية فأما اذا زنى الحربى بذمية لايحدان عند محمد رحمه الله وهوقول أبى يوسف رحمه الله أولا (وقال أبو يوسف رحمه الله يحدون كلهم) وهوقوله الآخر لابى يوسف رحمه الله أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه فى دارنا فى المعاملات كما أن الذمى التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه مادخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمى به وانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع فى الانصاف يلتزم الانتصاف

أبوداود فى المراسيل عن مكحول عن عبادة بن الصامت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أقيموا حدود الله فى السفر والحضر على القريب والبعيد ولا تبالوا فى الله لومة لائم والمرسل حجة موجبة قال ورويناه باسناد موصول فى السنن فلا شك فى عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب من الاصل وأيضا معارض اطلاق فاجلدوا ونحوه فيكون زيادة فان أجيب بأنه عام خص منه مواضع الشبهة فهو مدفوع بأن الزنا نفسه مأخوذ فيه عدمها فانه الوطء فى غير ملك وشبهته فترتيبه سبحانه ايجاب الحد على الزنا ترتيب ابتداء على ما لا شبهة فيه فتكون هذه الاخبار مخصصا أول وأما الدليل العقلى المذكور فعليه أن يقال لانسلم ان عجز الامام عن الاقامة حال دخول الزانى الوجود يوجب أن لا فائدة فى الايجاب انما ذلك لو عجز مطلقا لجاز أن يثبت الوجوب فى الحال معلقا بالقدرة ولكنه يجاب بأنه لا معنى لهذا الكلام وتصحيحه أن يقال جاز أن يثبت فى الحال تعليق الايجاب بالقدرة أى اذا قدرت فأقم عليه فالوجوب معدوم فى الحال وموجود عند تحقق القدرة فى المآل لان المعلق بالشرط كذلك وحينئذ جوابه ان هذا المعنى ممكن لكن أين دليله فان الآيات انما تفيد تنجيز الوجوب لا تعليقه ونحن نعلم أن القدرة شرط التكليف فنعلم انتفاء مقتضاها فى الزانى فى دار الحرب فأين دليل تعليق الايجاب حال زنا الزانى فى دار الحرب باقتدار الامام عليه فاذا لم يثبت لم يثبت تعليقه كما لم يثبت تنجيزه فان أجيب بان تعليقه يثبت بما تقدم من الآثار المفيدة أنه اذا رجع الى دار الاسلام أقامه يدفع بأنه معارض بحديث مراسيل أبى داود وهو يرجح الاحتمال المخالف للمذهب من ذينك الاحتمالين وأيضا قد يقال عليه لانسلم أن حال الزنا يجب على الامام الاقامة بل انما يجب اذا ثبت عنده فقبل الثبوت عنده لا يتعلق به وجوب أصلا وفرض المسئلة أنه زنى فى دار الحرب ثم أقر عند القاضى بعد الخروج أو شهد به عليه فى غير تقادم وعند ذلك هو قادر ويتعلق به ايجاب الاقامة والمذهب خلافه والله أعلم قال (ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى فى معسكره لانه تحت يده فالقدرة ثابتة عليه) بخلاف ما لو خرج من المعسكر فدخل دار الحرب فزنى ثم عاد الى المعسكر لايقيمه ويفيد أنه لو زنى فى العسكر والعسكر فى دار الحرب فى أيام المحاربة قبل الفتح له ان يقيمه للولاية حينئذ أما أمير العسكر والسرية فلا يقيمه لانه لم تفوض اليهما الاقامة (قوله واذا دخل حربى دارنا بأمان) وهو المستأمن (فزنى بذمية الخ) حاصل المسئلة اذا زنى الحربى المستأمن بالمسلمة أو الذمية فعليهما الحد دون الحربى فى قول أبى حنيفة وقال ابو

(قوله لانه يعتقد اباحته) أقول ونحن مأمورون بتركهم وما يدينون (قوله قلت المعنى باعتقاد الاباحة الخ) أقول الاولى ان يجاب بأن الكف عنهما داخل فيما التزمه لانا أعطينا الأمان على ذلك ولا كذلك الشرب اذ لم يلتزمه كالذمى (قوله وقتل النفس والقذف حرام فى دينهم) أقول ان أراد مطلقا فليس كذلك أو مقيدا فلا يفيد (قوله لانه لم يدخل الا طامعا الخ) أقول دليل على التزامه حقوق العباد

(والقصاص وحد القذف من حقوق العباد) فكان داخلا فى الانتصاف (وأما حد الزنا فمحض حق الشرع) فلا يكون داخلا فيه فلما فرغا من الجواب عن قول أبي يوسف شرع كل منهما فى اثبات ماذهب اليه فقال محمد (الاصل فى باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما يأتي فامتناع الحد فى حق الاصل) فيما اذا زنى الحربى بذمية (يوجب امتناعه فى حق التبع) والا لا يكون تبعا فكان خلفا (وأما الامتناع فى حق التبع) فيما اذا زنى الذمى بحربية (فلا يوجب امتناعه فى حق الاصل) والا لكان مستتبعا فكان أصلا والفرض انه تبع وذلك خلف باطل (نظير ذلك اذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة) فانه يحد البالغ دونهما لان الامتناع فى حق التبع لا يستلزمه فى حق الاصل (وتمكين البالغة من الصبي والمجنون) فانه لا يجب الحد عليهما لان الامتناع فى حق الاصل يستلزمه فى حق التبع (ولابى حنيفة ان فعل الحربى المستأمن زنا حقيقة لانه مخاطب بالحرمات على ماهو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على أصلنا) ولهذا لو قذفه قاذف به بعد الاسلام لم يلزمه الحد الا أنه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مأمنه بقوله تعالى ثم أبلغه مأمنه واذا كان كذلك كان تمكين المرأة منه زنا لان التمكين من فعل الزنا زنا يوجب الحد لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا فيجب الحد عليهما لوجود المقتضى وانتفاء المانع بخلاف الحربى لتحقق المانع وهو تبليغه مأمنه والمراد بالحرمات ترك الامتثال بالاوامر والانتهاء عن النواهى فان الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم (قوله على ماهو الصحيح) احترازعن قول بعض مشايخنا العراقيين فانهم قالوا بكونهم مخاطبين بالشرائع كلها بالعبادات والحرمات والمعاملات وقوله (وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا) اشارة الى قول بعض أصحابنا فانهم قالوا الكفار غير مخاطبين بالشرائع قال شمس الائمة ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط من العبادات وقوله (بخلاف الصبي والمجنون) جواب عن مستشهد محمد على ان سقوط الحد من الاصل يوجب السقوط من التبع ووجه ذلك أن هذا ليس نظير ما نحن فيه لأن الصبي والمجنون لا يخاطبان فلا يكون فعلهما زنا والتمكين من غير الزنا ليس بزنا فلا يوجب الحد والحربى مخاطب ففعله زنا والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد (ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد

والقصاص وحد القذف من حقوقهم أما حد الزنا فمحض حق الشرع ولمحمد رحمه الله وهو الفرق أن الاصل فى باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد فى حق الاصل يوجب امتناعه فى حق التبع أما الامتناع فى حق التبع لا يوجب الامتناع فى حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابى حنيفة رحمه الله فيه ان فعل الحربى المستأمن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ماهو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على أصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لا تحد

أبو يوسف أولا لا حد على واحد منهما ثم رجع وقال عليهما الحد جميعا وقال محمد بقوله الاول فصار فيها ثلاثة أقوال قول أبي حنيفة تحد المزنى بها المسلمة والذمية وقول محمد لا يحد واحد منهم وقول أبي يوسف يحد كلهم وتقييد المسئلة بالمسلمة والذمية لانه لو زنى بحربية مستأمنة لا يحد واحد منهما عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يحدان ذكره فى المختلف وان زنى المسلم أو الذمى بالحربية المستأمنة حد الرجل فى قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يحدان جميعا والاصل أن عند أبي حنيفة ومحمد لا يجب على الحربى حد من الحدود سوى حد القذف فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر وعند أبي يوسف يجب الكل الا حد الشرب فحد الشرب لا يجب اتفاقا لانه يعتقد حله وحد القذف يجب اتفاقا لان فيه حق العبد واختلفوا فى حد الزنا والسرقة عند أبي يوسف يجب وعندهما لا يجب وجه قول أبي يوسف ان المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه فى دارنا فى المعاملات والسياسات كما ان الذمى التزمها مدة عمره ولهذا يحد للقذف ويقتل قصاصا ويمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما بخلاف حد الشرب لانه معتقد اباحته ووجه قول أبي حنيفة ومحمد أنه لما لم يدخل للقرار بل لحاجة يقضيها ويرجع وعلينا ان نمكنه من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستئمان ملتزما جميع أحكامنا فى المعاملات بل ما يرجع منها الى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد غير انه لا بد من اعتباره ملتزما الانصاف وكف الاذى

(قوله وحد القذف من حقوق العباد) أقول اى فى حقهم قال المصنف (ولابى حنيفة فيه أن فعل الحربى المستأمن زنا لانه مخاطب بالحرمات) أقول قال الشارح المراد بالحرمات ترك الامتثال بالاوامر والانتهاء عن النواهى فان الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم انتهى وفى النهاية الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك ولهذا يعاقب بترك الصلاة والزكاة قال الله تعالى ماسلككم فى سقر قالوا لم نك من المصلين الآية) وقال فيه الحرمات تتناول المناهى نحو قوله تعالى ولا تقربوا الزنا وقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتتناول ترك الاوامر من نحو ترك الايمان وترك الصلوات والصوم انتهى (قوله وقوله على ماهو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا رحمهم الله) أقول فيه بحث اذ ليس فى قول المصنف لانه مخاطب بالحرمات ما يدل على قصر الخطاب بها حتى يصح الاحتراز بقوله على ماهو الصحيح عن قولهم يحصل بقوله على أصلنا فليتأمل

قال (واذازنى الصبي أوالمجنون) صورة هذه المسئلة ظاهرة ووجه قول زفر والشافعي قياس أحد الجانبين بالآخر فالا (العذر من جانبها) كما في صورة الاجماع (لايوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه) وهو في الصورة المختلف فيها لايوجب سقوطه من جانبها والجامع أن كلامنهما مؤاخذ بفعله ودليلنا ظاهر بما ذكرنا آنفا لمحمد فلا حاجة الى التكرار واعترض عليه من وجهين أحدهما ان غير المحصن اذازنى بالمحصنة يجب الرجم عليها وان لم يجب على الرجل فعدم الرجم على الاصل لايوجب عدمه على التبع فليكن نفس الحد كذلك والثاني ان الصبي أوالمجنون

اذازنى بالمطاوعة ينبغي أن يجب المهر عليه لان الوطء لايخلو عن أحد الموجبين إما الحد أو المهر وقد أورد في الذخيرة انه لايجب عليه المهر فيما اذا طاوعته المرأة وأجيب عن الاول بأنه لايلزم من احصان الزاني احصان الزانية لان الاحصان موقوف على شرائط أخر ويلزم من تحقيق فعل الزنا منه تحقيقه منها بسبب التمكين لان تمكينها سبب لفعل الرجل فيقام السبب مقام المسبب في حقها وعن الثاني بانا لو أوجبنا المهر على الصبي فيما اذا طاوعته لخلا الايجاب عن الفائدة لان لولي الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك لانها لما طاوعته صارت آمرة للصبي بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم وصح الامر من المرأة لان لها ولاية على نفسها

قال (واذازنى الصبي أوالمجنون بامرأة طاوعته فلاحد عليه ولاعليها) وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يجب الحد عليها وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه (وان زنى صحيح بمجنونة أوصغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة) وهذا بالاجماع لهما أن العذر من جانبها لايوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لأن كلامنهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا أنها سميت زانية مجازا تسمية

اذ قد التزمناله بأمانه مثل ذلك والقصاص وحد القذف من حقوقهم فلزماه أما حد الزنا فخالص حق الله سبحانه وكذا الغلب في السرقة حقه لم يلتزمه وصاحبه تعالى منعنا من استيفائه عند اعطاء أمانه بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والاجبار على بيعهما فانه من حقوق العباد لان في استخدامه قهرا واذلالا للمسلم وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهودهم ولمحمد وهو الفرق بين المسلم أو الذمي اذازنى بمستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة أوالذمية اذازنت بمستأمن حيث لايجب الحد عنده عليهما أن الاصل في الزنا فعل الرجل والمرأة تبع لكونها محلا على ما سنذكره فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في التبع بخلاف امتناعه في التبع لايوجب امتناعه في حق الاصل أي دليله اذازنى البالغ العاقل بصبية أومجنونة يحد هو دونها وفي تمكين البالغة الصبي أوالمجنون لاتحد وتمكينها انما يوجب الحد عليها اذا مكنت من فعل موجب له وفعل الحربي ليس موجبا له فلا يكون تمكينها موجبا عليها ولابي حنيفة ان فعل المستأمن زنا لكونه مخاطبا بالحرمات كحرمة الكفر والزنا في حق أحكام الدنيا على ماهو المختار بخلاف قول العراقيين الا أنه امتنع حده لان اقامته بالولاية والولاية مندفعة عنه باعطاء الامان الا فيما التزمه من حقوق العباد فقد مكنت من فعل هو زنا لاقصور فيه وهو الموجب للحد عليها وصار كما لو مكنت مسلما فهرب تحد هي لان المانع خصه وتبعيتها في الفعل لافي حكمه بخلاف تمكينها صبيا أومجنونا لانهما لما لم يخاطبا لم يكن فعلهما زنا فلم تمكن من الزنا ونظيره لو زنى مكره بمطاوعة تحد المطاوعة عند أبي حنيفة وبه قالت الائمة الثلاثة وعند محمد لاتحد (قوله واذازنى الصبي أوالمجنون بامرأة طاوعته فلاحد عليه ولاعليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو) أي قول زفر والشافعي (رواية عن أبي يوسف) وهو قول مالك وأحمد (وان زنى صحيح) أي عاقل بالغ (بمجنونة أوصغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لايوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه) لايوجب سقوطه من جانبها (وهذا لأن كلامنهما مؤاخذ بفعله) وقد فعلت ماهي به زانية لان حقيقة زناها انقضاء شهوتها بآلته وقد وجد ألا يرى انه سبحانه وتعالى سماها زانية وهو ليس الا بذلك ويدل على انها زانية حقيقة كونها يحد قاذفها فلو لم يتصور زناها لم يحد قاذفها كالمجبوب (ولنا ان فعل الزنا انما يتحقق منه) لان أهل اللغة أخذوا جنس تعريفه وطء الرجل فكانت خارجة (وانما هي محل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا وهي موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية

(قوله واعترض عليه من وجهين أحدهما الخ) أقول في توجيه هذا الاعتراض على قانون المناظرة تأمل فان ظاهره منع المقدمة التي استدل عليها بلا تعرض لدليله وذلك لايجوز (قوله والثاني ان الصبي الخ) أقول لعل الاعتراض الثاني نقض باستلزامه خلاف ما تقرر عندهم من أن الوطء لايخلو عن أحد الموجبين أومعارضته وعليك بالتأمل في التوجيه (قوله لان الوطء لايخلو الخ) أقول أي في دار الاسلام (قوله لايلزم من احصان الزاني) أقول الاظهر ان يقول لايلزم من عدم احصان الزاني عدم احصان المزنية ويلزم من عدم تحقق الزنا من الواطئ عدم تحققه من الموطوءة لانها تابعة له فيه كما حقق ولا تبعية في الاحصان كما لايخفى (قوله وعن الثاني بانا لو أوجبنا المهر الخ) أقول خلاصة الجواب تخصيص قولهم الوطء لايخلو عن أحد الموجبين ومنع عمومه كما لايخفى

للفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية أو لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد قال (ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه) وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا يحد وهو قول زفر لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الآلة

للفعول باسم الفاعل كعيشة راضية وماء دافق) أي مرضية ومدفوق (أو لكونها مسببة) لزنا الزاني (بالتمكين فتعلق الحد حينئذ في حقها بالتمكين) من فعل هو زنا هاو الزنا فعل من هو منهي عنه آثم به (وفعل الصبي ليس كذلك فلا يناط به الحد) وعلى هذا لو قلنا انها بالتمكين زانية حقيقة لغة لا يضرنا لانها انما تسمى زانية حقيقة بالتمكين بما هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون فان قيل كيف يتصور أن يطلق عليها زانية حقيقة مع أنه لا شك انه يطلق عليها مزني بها حقيقة فيلزم كون اطلاق باسم الفاعل والمفعول بالنسبة الى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل فالجواب بأنه انما يبطل لو كان من جهة واحدة وهو منتف فان تسميتها زانية باعتبار تمكينها طائعة لقضاء شهوتها من فعل هو زنا ومزنية باعتبار كونها محلا للفعل الذي هو زنا فلو منع وقيل بل ترتب الحد انما هو على تمكينها من الوطء المفضي الى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا أولا فالجواب أن تسميتها زانية حقيقة أو مجازا كونه بالتمكين من الزنا أنسب من كونه بما ليس زنا ولو لم يلزم جاز كونه لكل منهما فدار تمكينها الصبي والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرء في مثله بذلك لكن بقي أن يقال كون الزنا في اللغة هو الفعل المحرم ممن هو مخاطب ممنوع بل ادخال الرجل قدر حشفته قبل مشتهاة حالا أو ماضيا بلا ملك وشبهة وكونه بالغا عاقلا لاعتباره موجبا للحد شرعا فقد مكنت من فعل هو زنا لغة وان لم يجب على فاعله حد والجواب أن هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبيا فلا تحد ومجنونا فتحد لان قولهم وطء الرجل يخص البالغ لكن لا قائل بالفصل والذي يغلب على الظن من قوة كلام أهل اللغة أنهم لا يسمون فعل المجنون زنا ولو احتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرء لا في الايجاب فلا تحد به والله أعلم وبما ذكرناه يندفع ما قيل لو كان تمكين المرأة صبيا أو مجنونا يمنع الحد عنها لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية حين أقرت بالزنا هل زنى بك مجنون أو صبي كما انه استفسر ماعزا فقال أبك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد لانها لما قالت زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك بخلاف ماعز فانه استراب أمره على ما تقدم ولذا لم يسأل الغامدية أبك جنون مع انها مثل ماعز في سقوط الحد بجنونها وأورد أنه ينبغي ان يجب العقر على الصبي والمجنون لان الوطء في غير الملك لا يخلو عن أحدهما اما العقر وهو مهر المثل أو الحد كما لو زنى الصبي بصبية أو مكرهة يجب عليه المهر وهنا لا يجب أجيب بالفرق وهو أن الايجاب عليه هنا لا فائدة فيه لانا لو أوجبناه عليه لرجع ولي الصبي على المرأة لانها لما طاوعته صارت آمرة له بالزنا معها وقد لحق الصبي غرم بذلك الامر وصح الامر منها لولايتها على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما لو كانت مكرهة أو صبية لا يرجع ولي الصبي على المرأة لعدم صحة أمرها لعدم ولايتها وفي المكرهة عدم الامر أصلا فكان الايجاب مفيدا وأما ما راد أن القاعدة ان كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكره بالمطاوعة والمستأمن بالذمية والمسلمة فوروده بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بل الحكم في كل موضع بمقتضى الدليل فلا حاجة الى الايراد ثم تكلف الدفع (قوله ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة أولا يقول يحد وهو قول زفر) وهو قول أحمد (لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الآلة

فلا يفيد الايجاب بخلاف ما اذا كانت مكرهة أو صبية فان المكرهة ليست بآمرة والصبية لا يصح أمرها لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكرهة فايجاب المهر كان مفيدا ثمه اذ ليس لولي الصبي حينئذ أن يرجع عليها بمثل ذلك وقوله (ومن أكرهه السلطان الخ) ظاهر

(قوله فلا يفيد الايجاب) أقول أي ايجاب المهر (قوله اذ ليس لولي الصبي الخ) أقول وكذا الحال في المجنون والشراح كلهم قصروا حيث لم يتعرضوا لحال المجنون ببنت شفة مع انه مذكور في السؤال أيضا

وذلك دليل الطواعية ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لان سببه الملجئ قائم ظاهرا والانتشار دليل متردد لانه قد يكون غير قصد لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فأورث شبهة وان أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره وله أن الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا (ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك) لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع

وهذا آية الطواعية) فاقترن بالاكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان حال فعله اياه غير مكره فبطل أثر الاكراه السابق ووجب الحد بخلاف اكراه المرأة على الزنا فانه بالتمكين وليس مع التمكين دليل الطواعية فلا تحد اجماعا (ثم رجع أبو حنيفة فقال لا يحد الرجل المكره أيضا لان السبب الملجئ الى الفعل قائم ظاهرا) وهو قيام السيف ونحوه والانتشار لا يستلزم الطواعية بل هو محتمل له اذ يكون معه و يكون طبعا بالقوة الفحولية وقد يكون لريح تسفل الى الحجر حتى يوجد من النائم ولا قصد منه فلا يترك أثر اليقين وهو الاكراه الى المحتمل (فان أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة) لعدم تحقق الاكراه من غيره فكان مختارا في الزنا وكذا عند زفر وأحمد لانه وان تحقق الاكراه من غير السلطان عندهما لكن قالا الانتشار دليل الطواعية فقالا يحد (وقال أبو يوسف ومحمد لا يحد لتحقق الاكراه من غير السلطان) والانتشار لا يستلزم الطواعية الى آخر ما ذكرناه آنفا قال المشايخ وهذا اختلاف عصر وزمان ففي زمن أبي حنيفة ليس لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعه بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتى بقولهما وعليه مشى صاحب الهداية في الاكراه حيث قال والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على ايقاع ما توعد به (قوله ومن أقر أربع مرات الخ) هذا على وجهين أحدهما ان يقر الرجل في أربعة مجالس أنه زنى بفلانة حتى كان اقراره موجبا للحد وقالت هي بل تزوجني أو أقرت هي كذلك بالزنا مع فلان وقال الرجل بل تزوجتها لم يحد واحد منهما في الصورتين لان دعوى النكاح تحتمل الصدق و بتقدير صدق مدعي النكاح منهما يكون النكاح ثابتا فلا حد و بتقدير كذبه لا نكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا وان كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بأن لا مهر لها لدعواها الزنا لانه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنهما مع ثبوت الوطء باعترافهما به وان اختلفا في جهته كانت مكذبة شرعا والوطء لا يخلو عن عقر او عقر فلزم لها المهر وان ردته الا أن تبرئه منه واعلم ان وجوب المهر هو فيما اذا كانت الدعوى قبل ان يحد المقر فان حد ثم ادعى الآخر النكاح لا مهر لان الحد لا ينقض بعد الاقامة ثانيهما أن يقر أربعا كذلك انه زنى بفلانة وقالت فلانة ما زنى بي ولا أعرفه أو أقرت هي بالزنا أربع مرات مع فلان وقال فلان ما زنيت بها ولا أعرفها لا يحد المقر بالزنا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد يحد المقر لان الاقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة العدم في حق المقر كما لو كانت غائبة وسماها ولابي حنيفة أن الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه فأورث شبهة الانتفاء في حق المقر لان الزنا فعل واحد يتم بهما فان تمكنت فيه شبهة تعدت الى طرفيه وهذا لانه ما أقر بالزنا مطلقا انما أقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما أقر به فيندرئ عنه ضرورة بخلاف ما لو أطلق فقال زنيت فانه وان احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي يدفعه و بخلاف ما لو كانت غائبة

وقوله (وعليه المهر في ذلك) يعني في كلتا الصورتين دعوى الرجل النكاح ودعواه المرأة فان قيل ينبغي ان لا يجب المهر فيما اذا أقرت المرأة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكرة للنكاح أجيب بان النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعي النكاح فبدعواه النكاح انتفى الحد عنه في هذا الوطء لانه في دعواه اما ان يكون مصدقا أو مكذبا فان كان الاول أثبت النكاح حقيقة وان كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لا محالة والاحتمال في باب الحدود ملحق باليقين احتيالا للدرء فيسقط الحد وسقوطه يستلزم وجوب المهر لان الوطء لا يخلو عن غرامة أو عقوبة فاذا تحقق الملزوم بدون اختيارها تحقق اللازم كذلك فيثبت لها المهر وان ردته

(قال المصنف لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فأورث شبهة) أقول أي للحاكم وهذه غير داخلة في الشبهة المنقسمة الى القسمين اذ المراد منها كان شبهة الوطء (قوله فاذا تحقق الملزوم) أقول يعني سقوط الحد

وقوله (ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة) انما وضع المسئلة فى الجارية وان كان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والجارية فانه لو فعل ذلك مع الحرة وجب عليه الحد والدية على العاقلة لما أن شبهة عدم وجوب الحد عند أداء الضمان انما ترد فى حق الجارية لا فى حق الحرة لان الامة تصلح أن تكون ملكا للزانى عند أداء الضمان بشبهة ان لا يجتمع البدلان فى ملك شخص واحد كما اذا زنى بها فأذهب عينها وهو وجه قول أبى يوسف فى هذه المسئلة

(ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة) معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن أبى يوسف رحمه الله انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها

لان الزنا لم ينتف فى حقها بدليل يوجب النفى وهو الانكار حتى لو حضرت وأقرت أربعا حدت فظهر أن الغيبة ليست معتبرة بل الاعتبار للانكار وعدم معرفته فاذا أنكرت ثبتت شبهة يدرأ بها الحد عنه واذا لم يعلم انكارها فلا شبهة فيحد فان قيل ينبغى أن لا يجب الحد على الرجل فى هذه الصورة عندهما كما فى صورة دعوى النكاح لان الحد لما سقط بانكار وصف الفعل وهو الزنا كما فى المسئلة السابقة بدعوى النكاح فانكار أصل الفعل أولى قلنا خصا تلك المسئلة بوجوب الحد على الرجل لحديث سهل بن سعد فانه روى أن رجلا أقر بالزنا أربعا بامرأة فأنكرت فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه أبو داود وفى شرح الطحاوى ولو لم تدع المرأة النكاح وأنكرت وادعت على الرجل القذف يحد حد القذف ولا يحد حد الزنا (قوله ومن زنى بجارية فقتلها) أى بفعل الزنا (فانه يحد وعليه قيمتها) وانما قيد بالجارية لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بحرة فقتلها يحد اتفاقا ويجب عليه الدية وقوله (وعن أبى يوسف انه لا يحد) ذكره بلفظ عن ليفيد انه ليس ظاهر المذهب عنه فان محمدا لم يذكر فيها خلافه فى الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره وكذا الحاكم الشهيد لم يذكر فى الكافى خلافا وانما نقل الفقيه أبو الليث خلافه فقال ذكر أبو يوسف فى الامالى ان هذا قول أبى حنيفة خاصة وفى قول أبى يوسف لا حد عليه وحيث نقل قوله خاصة ذكره فى المنظومة فى باب قول أبى يوسف على خلاف قول أبى حنيفة ولا قول لمحمد فيها وقيل الاشبه كون قول محمد مثل قول أبى حنيفة وبه قال الشافعى وأحمد لانه لو قال لا قول له بان توقف لذكره وانما قال أبو يوسف هذا قول أبى حنيفة خاصة لان محمدا كان فى عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا ينقل هو وعلى كون الخلاف هكذا مشى المصنف حيث قال ولهما انه ضمان قتل وجه قول أبى يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة على الزانى بسبب أن قتله سبب لملك الامة واذا ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط بخلاف الحرة لانها لا تملك بالضمان وعلى هذا قال فيما لو زنى بها ثم قتلها أو ملكها بالفداء بأن زنى بجارية جنت عليه فدفعت اليه بالجناية أو بالشراء أو النكاح انه لا يحد فى ذلك كله وعند أبى حنيفة يحد فى الكل وقال أبو يوسف بالدفع يثبت الملك مستندا وكذا اذا ملكها بالشراء أو النكاح لان اعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يسقط الحد على ما ذكرنا ولابى حنيفة انه زنى وجنى فيؤاخذ بموجب كل من الفعلين ولا منافاة فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم حتى وجب فى ثلاث سنين على العاقلة ولا يجب بالغة ما بلغت وهو لا يوجب ملكا لان محل الملك المال والدم ليس بمال ثم تنزل فقال ما حاصله انه لو فرض ان الضمان يوجب الملك لكان يوجبه فى العين القائمة لانه يثبت بطريق الاستناد والاستناد انما يظهر فى القائم دون الفائت ومنافع البضع التى استوفيت فائتة وليس محلها هو العين فانما يثبت شبهة قيام المنافع فتثبت شبهة ملكها فلم يظهر

(قال المصنف فيوفر على كل واحد منهما حكمه) أقول ذكر واحدا وضمير حكمه على تأويل الجناية بالتعدى أو لان الجنايتين هنا الزنا والقتل قال العلامة الزيلعى لا يقال انها لما ماتت بفعل الزنا صار الزنا قتلا فوجب أن لا يعتبر الا القتل ويسقط اعتبار الزنا كقطع اليد اذا سرى ومات صار قتلا ويسقط اعتبار القطع حتى لا يجب الا ضمان النفس من الدية أو القصاص لانا نقول ضمان اليد بدل اليد وضمان النفس بدل النفس واليد تابعة للنفس كسائر الاعضاء فان الاعضاء تهلك بهلاك النفس تبعا ويدخل ضمانها فى ضمان النفس بخلاف الحد وضمان النفس لانهما حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين الزنا والقتل فصار كمن شرب خمر ذمى فانه يحد ويضمن قيمة الخمر للذمى لما قلنا انتهى وأجاب فى النهاية أيضا بان الوطء غير موضوع لازهاق الروح فلما وجد فى المحل

الخالى عن أحد الملكين كان زنا عند وجوده ولا ينقلب قتلا اذا اتصل به الموت بخلاف القطع لانه سبب للموت لكونه جرحا والجرح سبب للموت فاذا اتصل به الموت صار قتلا من الابتداء لكونه علة العلة كما فى الرمى كان قتلا من وقت الرمى اذا اتصل به زهوق الروح وان تخللت الوسائط لكونه موضوعا للقتل ففعل الزنا ههنا لما لم يكن موضوعا للقتل لم يصر قتلا من الابتداء لعدم صلاحية الاضافة اليه وان صار سببا ههنا باعتبار اتفاق الحال ولذلك لم يمتنع وجوب الحد باعتبار وجوب القيمة انتهى والتعويل عندى على جواب الزيلعى

وقوله (وهو على هذا الاختلاف) أى شراء الجارية بعد الزنا بها قبل اقامة الحد على هذا الاختلاف عند أبى حنيفة ومحمد يحد خلافا لابى يوسف فكان رد المختلف الى المختلف فى المشتراة بعد الزنا مذكور فى ظاهر الرواية بخلاف مانحن فيه (ولهما ان هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل لا يوجب الملك لانه ضمان دم) والدم مما لا علك ويمكن ان يقرر هكذا لانه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والموت ليس بمحل للملك وقوله (ولو كان يوجبه) يعنى سلمنا ان ضمان القتل يوجب الملك لكن انما يوجبه فى العين كما ذكرتم فى هيئة المسروق لا فى منافع البضع لانها استوفيت (١٦٠) وتلاشت فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان ولا مستندة لان المستند لا يظهر

في حق المعدوم والمنافع المستوفاة معدومة قيل فليكن الملك ثابتا بطريق التبين لئلا يشترط الوجود كما فى الحيض دراً فى باب الحدود وأجيب بأن التبين انما يكون فى حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول اليها فان وصل حكم بثبوته والا فلا كما فى الحيض وليس مانحن فيه كذلك وقوله (وهذا بخلاف ما اذا زنى بها) جواب لصورة يمكن ان يستشهد بها أبو يوسف كما قدمناه وتقريره أن الزانى بالضمان يملك الجثة العمياء لكونها قابلة للملك اذ هى موجودة فتورث الشبهة وهذا الجواب انما يستقيم على أصل الجواب دون التنزل ولقائل ان يقول الملك يثبت فى الجثة العمياء مستندا فلا يظهر فى المستوفى أعنى المنافع لكونها معدومة وأما اذا نظرت الى أصل الجواب وهو قوله انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان

وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه فى العين كما فى هبة المسروق لا فى منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر فى المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فأذهب عينها حيث تجب عليه قيمتها و يسقط الحد لان الملك هنالك يثبت فى الجثة العمياء وهى عين فاورث شبهة قال (وكل شئ صنعه الامام الذى ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال) لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولى الحق إما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها وأما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التى هى حق الله تعالى والله تعالى أعلم بالصواب

الملك فيها ولا شبهته فلم يكن كالمسروق ولم يفد الملك المسبب عن الضمان ملك تلك المنافع ليسقط الحد بخلاف السرقة فان شرط اقامة حد السرقة الخصومة و بالهبة انقطعت بخلاف حد الزنا فبطل القياس ومآل هذا التقرير الى أن الثابت بهذا الضمان شبهة شبهة ملك تلك المنافع لان الثابت شبهة ملك العين لا حقيقته و بحقيقته تثبت شبهة ملك المنافع فاذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة وحاصل التقرير أن أبا يوسف أثبت شبهة ملك المنافع المستوفاة ونحن نفيناه وليس أحد يثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع وعلى الوجه الذى قررناه بقليل تأمل يظهر ما فى تقرير المصنف للتنزل من التساهل و بالوجه الذى قررناه يتضح حسن اتصال قوله (بخلاف ما اذا زنى بها فأذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط به الحد لان الملك ثمة يثبت فى الجثة العمياء وهى عين فاورث شبهة) أى فى ملك المنافع تبعا فيندرئ عنها الحد اما ههنا فالعين فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت ولا يقال هذا التمليك بطريق الاستناد فلا يضره انتفاء المملوك لانا نقول المستند يثبت أولا ثم يستند فاستدعى ثبوت المحل حال الاولية وهو منتف وثمرته أن الثابت فى المنافع شبهة الشبهة على ما ذكرنا فان قيل ينبغى أن لا يجب الحد ولو تم ملك المقتول لان بعض القيمة لا بد أن يصير بازاء منافع البضع التى يجب الحد لاجلها فيجب أن لا يحد والا وجب ضمانان بازاء مضمون واحد أجيب بانه لما لم يوضع الفعل للقتل كان أوله جراحة اندملت ثم حدث القتل فكان الضمان كله بازائه وفى الفوائد الظهيرية لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا خلافا للشافعى أما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفى جامع قاضيخان لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق (قوله وكل شئ فعله الامام الذى ليس فوقه امام) مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف والسرقة (لا يؤاخذ به الا القصاص والمال) فانه اذا قتل انسانا أو أتلف مال انسان يؤاخذ به لان الحد حق الله تعالى وهو

دم وهو ليس بعين تملك فانه صحيح و يجوز أن يقال بالنظر الى التنزل أيضا بان الملك وان كان ثابتا فيه أيضا لكن فيه شبهة العدم فتكون فى المنافع شبهة الشبهة وهى غير معتبرة ولا كذلك فى الجثة العميا لثبوت الملك فيها حقيقة فيكون فى المنافع الشبهة وهى معتبرة لكن ليس فى كلام المصنف ما يشير الى هذا أصلا (وكل شئ صنعه الامام الذى ليس فوقه امام) وفسره أبو الليث بالخليفة (فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به و بالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره) قال صلى الله عليه وسلم المكلف

(قوله لئلا يشترط الوجود) أقول حين التبين (قوله كما فى الحيض الخ) أقول قد سبق فى باب اليمين فى العتق والطلاق (قال المصنف فأورث شبهة) أقول أى شبهة كون منافع البضع فى ملكه وأما فى محل النزاع ففى الملك أيضا شبهة فالثابت فى المنافع شبهة الشبهة ولا اعتبار له

أربع الى الولاة وعثمنم ا اقامة الحدود وكلامه واضح وأما حد القذف فالغالب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التى هى حق الله تعالى ولقائل ان يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب أن لا يحد المستأمن اذا قذف كما لو زنى وقد تقدم أنه يحد لانه حق العبد والجواب أن حد القذف يشتمل على الحقين لا محالة فيعمل بكل منهما بحسب ما يليق به وما يليق بالحربى أن يكون حق العبد لامكان الاستيفاء وما يليق بالامام أن يكون حق الله تعالى لانه ليس فوقه امام يستوفيه منه والله أعلم

﴿باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها﴾

قدذ كرنا أن ثبوت الزنا عند الامام انما يكون بأحد شيئين لا غير وهما الشهادة والاقرار وأخر الشهادة ههنا عن الاقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنا عند الامام بالشهادة اذ رؤية أربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالميل فى المكحلة كما فى الكلاب فى غاية الندرة قال (واذا شهد الشهود بحد متقادم ولم يكونوا بعيدين عن الامام لم تقبل شهادتهم الا فى حد القذف خاصة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لاشتماله على زيادة ايضاح وهى تعديد ما يوجب الحد صريحا من السرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة الحين الذى استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة أشهر فى التقادم وزيادة اثبات الضمان فى السرقة ثم كما لا يحد المشهود عليه لا تحد الشهود أيضا حد القذف فى الشهادة بالزنا وسيجىء فى باب حد القذف

﴿باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها﴾

(واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا فى حد القذف خاصة وفى الجامع الصغير

المكلف باقامته وتعذر اقامته على نفسه لان اقامته بطريق الخزى والنكال ولا يفعل أحد ذلك بنفسه ولا ولاية لأحد عليه ليستوفيه وفائدة الايجاب الاستيفاء فاذا تعذر لم يجب بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات لان حق استيفائها لمن له الحق فيكون الامام فيه كغيره وان احتاج الى المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء فكان الوجوب مفيدا والمغلب فى حد القذف حق الشرع فكان كبقية الحدود وبهذا يعلم انه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضى والقضاء لتمكين الولى من استيفائه لا لأنه شرط وأورد عليه ما المانع من أن يولى غيره الحكم فيه بما يثبت عنده كما فى الاموال غير أنه اذا صحت هذه الاستنابة فوجب عليه حق للعبد استوفاه العبد أو حق لله استوفاه ذلك النائب وقيل لا مخلص الا إن ادعى أن قوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما يفهم أن المخاطب فيه بالجلد الامام أن يجلد غيره والله أعلم وقد يقال أين دليل ايجاب الاستنابة والله سبحانه أعلم

﴿باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها﴾

قدّم أن الحد يثبت بالبينة والاقرار وقدم كيفية الثبوت بالاقرار لان وجود ما ثبت منه بالبينة بالنسبة الى ما ثبت بالاقرار أندر نادر لضيق شروطه المقتضى لاعدامه وهو أن يرى ذكر الرجل فى فرجها كالميل فى المكحلة وايضا لم يثبت قط الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان وعلى بالبينة فانهم كلهم لم يحدوا الا بالاقرار فقدّم ما يكثر وجوده وما كان الثبوت به عنده عليه الصلاة والسلام وعند الصحابة رضى الله عنهم (قوله واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا فى حد القذف خاصة) فقوله متقادم اسناده فى الحقيقة الى ضمير السبب أى متقادم سببه وهو الزنا مثلا وهو المشهود به وقوله شهدوا بحد تساهل فانهم انما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له فى الحقيقة وقوله لم يمنعهم الخ جملة فى محل جر لانها صفة للنكرة وهى حد والفاعل بعدهم ولا شك أنه لا يتعين البعد عذرا بل يجب أن يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق ولو من بعد يومين ونحوه من الاعذار التى يظهر أنها مانعة من المسارعة ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادات مفيدة وهى قوله

(قوله وأما حد القذف فالمغلب فيه الخ) أقول

﴿باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها﴾

(قوله قدذ كرنا أن ثبوت الزنا) أقول فى أوائل كتاب الحدود (قوله وأخر الشهادة ههنا) أقول أى فيما يتعلق بالرجوع والا ففى أول كتاب الحدود بين الشهادة أولا ثم الاقرار والرجوع عنه وأيضا الاقرار فعل الواحد والشهادة فعل المتعدد والواحد قبل المتعدد وأيضا المباحث المتعلقة بالرجوع عن الشهادة كثيرة بخلاف الاقرار

(واذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة) ثم قال فان أقر هو بعد حين بذلك أخذ به الا الشرب فانه لا يؤخذ بذلك فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنا ولا يخفى ما اشتمل عليه من الزيادات قال المصنف وغيره (والاصل فيه أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعى) وفى العبارة تساهل مشهور فان الذى يبطل بالتقادم الشهادة بأسبابها ثم لا يجب الحد على الامام من الاصل لعدم الموجب والحاصل أن فى الشهادة بالحدود القديمة والاقرار بها أربعة مذاهب الاول رد الشهادة بها وقبول الاقرار بما سوى الشرب وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف الثانى ردها وقبول الاقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والسرقة وهو قول محمد بن الحسن الثالث قبولهما وهو قول الشافعى ومالك وأحمد الرابع ردهما نقل عن ابن أبى ليلى ولم يقل أحد بقلب قول محمد واستدل للشافعى والآخرين بالحاقه بالاقرار لانهما حجتان شرعيتان يثبت بكل منهما الحد فكما لا يبطل الاقرار بالتقادم كذا الشهادة وبحقوق العباد ولنا وهو الفرق أن الشهادة بعد التقادم شهادة متهم وشهادة المتهم مردودة أما الكبرى فلقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين أى متهم وذكر محمد عن عمر رضى الله عنه فى الاصل أنه قال أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فانما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم وأما الصغرى فلأن الشاهد بسبب الحد مأمور بأحد أمرين الستر احتسابا لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة مع ما قدمنا من الحديث فى ذلك أو الشهادة به احتسابا لمقصد اخلاء العالم عن الفساد للانزجار بالحد فأحد الامرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة لان كلا من الستر واخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخى فاذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد الامرين إما الفسق وإما تهمة العداوة لانه ان حمل على أنه من الاصل اختار الاداء وعدم الستر ثم أخره لزم الاول أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثانى وذلك أنه سقط عنه الواجب باختيار أحدهما فانصرافه بعد ذلك الى الشهادة موضع ظن أنه حركه حدوث عداوة بخلاف الاقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه أحد الامرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة اذ الانسان لا يعادى نفسه فلا يبطل بالتقادم اذ لم يوجب تحقق تهمة وبخلاف حقوق العباد لان الدعوى شرط فيها فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة وفى القذف حق العبد فتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم فان قيل لو كان اشتراط الدعوى مانعا من الرد بالتقادم لزم فى السرقة أن لا ترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنها ترد أجاب أولا بما حاصله أن السرقة فيها أمران الحد والمال فما يرجع الى الحد لا تشترط فيه الدعوى لانه خالص حق الله تعالى وباعتبار المال تشترط والشهادة بالسرقة لا تخلص لاحدهما بل لا تنفك عن الامرين فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد واذا يثبت المال بها بعد التقادم لانه لا يبطل به ولا تقطع لان الحد يبطل به ويدل على تحقق الامرين فيها أنه اذا شهدوا بها على انسان والمدعى غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدعى لما فيه من حق الله تعالى وفى القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعى كما فى حقوق العباد الخالصة وانما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال أن يكون سرق ملكه الذى كان عنده أو ملكه اياه فلا بد من تضمن الشهادة بالسرقة الشهادة بملك المسروق منه والشهادة بالملك لانسان يتوقف قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه فاذا أخر رددناه فى حق الحد لا المال بل ألزمناه المال بخلاف ما اذا قال زنيت بفلانة أو قبله وهى غائبة لا يدرى جوابها يحد ولا يستأنى بالحد لان الثابت هناك شبهة الشبهة ولا تعتبر وفى السرقة لا تثبت أصلا الا بثبوت المال ولا يثبت المال بالشهادة الا بالدعوى وانما يحبس للتهمة كما تقدم ولان الثابت فى غيبة المسروق منه الشبهة لان الثابت احتمال أن يقول هو ملكه وقوله هو ملكه ليس شبهة بل حقيقة المبرئ بخلاف دعواها

لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفا وكلامه واضح ومعنى قوله مخير بين حسبتين أجرين مطلوبين له يقال احتسبت بكذا أجرا والاسم الحسبة بكسر الحاء وهي الاجر والجمع الحسب وقوله (بخلاف حد السرقة) جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة متقادمة لم تقبل فعلم بهذا أن قبول الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى ووجهه لا نسلم أن الدعوى شرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر والدعوى ليست بشرط فيه وانما هي شرط للمال وهو حق العبد وقوله (ولان الحكم يدار) جواب آخر وتقريره أن المعنى

والاصل فيه أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى الحجتين ولنا أن الشاهد مخير بين حسبتين أداء الشهادة والستر فالتأخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى ليست بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما شرطت للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه فبالكتمان يصير فاسقا آثما

المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى هو تهمة الضغينة والعداوة وذلك أمر باطن لا يطلع عليه فيدار الحكم على كون الحد حقا لله تعالى سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد أولا كما أدير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من أفراده وقوله (ولان السرقة) جواب آخر ووجهه أن السرقة (تقام على الاستسرار) لانها توجد في ظلم الليالي غالبا (على غفلة من المالك) فلا يكون المسروق منه عارفا بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد (فيجب على الشاهد اعلامه) فاذا كتمه صار آثما

النكاح مثلا لو حضرت لانه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله أعلم وأجاب ثانيا بأن بطلان الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة في حقوق الله سبحانه فأقيم التقادم في حقوق الله مقامها فلا ينظر بعد ذلك الى وجود التهمة وعدمها كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة أدير على السفر فلم يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فانفرد بالتقادم ولا يخفى أن رد الشهادة بالتقادم ليس الا للتهمة ومحل التهمة ظاهر يدركه كل أحد فلا يحتاج الى اناطته بمجرد كونه حقا لله تعالى ولا يصح تشبيهه بالمشقة مع السفر لان المشقة أمر خفي غير منضبط فلا تمكن الاناطة به فنيط بما هو منضبط فالعدول للحاجة للانضباط ولا حاجة فيما نحن فيه فان قلت فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة في حق الحد فيما لو علم المدعي بالسرقة فلم يدع الا بعد حين فشهدوا فانه لا تهمة بتأخيرهم ومع هذا لا يقطع بل يضمن المال فالجواب أن ما كان فيه تهمة فالرد يضاف اليها وما لم يكن فالى المدعي على ما قال قاضيخان انما لا تقبل في السرقة بعد التقادم لا لتهمة في الشهود لان الدعوى شرط القبول بل لخلل في الدعوى فان صاحب المال كان مخيرا في الابتداء فاذا أخر فقد اختار الستر فلم يبق له حق دعوى السرقة والحد بل بقي له حق دعوى المال فقط فيقضى بالمال دون القطع كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة يقضى بالمال دون القطع اه فيجعل هذا الاعتبار فيما اذا كان تأخير الشهود الشهادة لتأخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة أما لو أخر والا لتأخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم بعلمه باعلامهم أو بغيره ثم شهدوا فالوجه الاخير وهو قوله (ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما) يقتضي أن ترد في حق المال أيضا للفسق لكن ما ذكر من أنهم اذا شهدوا بعد التقادم تثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في حق الحد لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم باطلاقه يقتضي فيما اذا لم يكن التأخير لعدم تأخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على

(قال المصنف والاصل فيه أن الحدود الخالصة الى قوله هو يعتبرها بحقوق العباد والاقرار الخ) أقول أي بشهادتها فالمضاف مقدر بقرينة هو يعتبرها بالاقرار (قال المصنف وان كان التأخير لا للستر يصير فاسقا) أقول فيه بحث فان وجوب أداء الشهادة في الحدود قد

انتسخ فكيف يصير بالتأخير فاسقا وفي الكافي وشرح الزيلعي أيضا وان كان لا للستر صاروا آثمين فاسقين بالتأخير لان أداء الشهادة من الواجبات وتأخيرها فسق ولهذا لو أخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته اه ولا يخفى عليك أن أداء الشهادة ليس بواجب هنا كما يدل عليه قولهم مخير بين حسبتين وما ذكروا في كتاب الشهادة من كون الوجوب في حق الحدود منسوخا بخلاف حقوق العباد فانه واجب فيه فظهر الفرق فتأمل في جوابه فانه يمكن أن يقال بعد اختيار الاداء يصير واجبا كما في النوافل تجب بالشروع (قوله جواب عما يقال الدعوى شرط الخ) أقول والاوجه أن يوجه السؤال بانه لو صح ما ذكرتم لزم أن تسمع الشهادة بالسرقة المتقادمة

وقوله (ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة) ظاهر وقوله (لان الامضاء) أى الاستيفاء (من القضاء) لان المقصود من القضاء فى حقوق العباد إما إعلام من له القضاء أو التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء وهذان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه الى الاستيفاء وأما الله تبارك وتعالى فى حقوقه فمستغن عن هذين المعنيين فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى فى الاستيفاء فلذلك كان الاستيفاء من تمة القضاء فى حقوق الله تعالى (واختلفوا فى حد التقادم وأشار فى الجامع الصغير الى ستة أشهر فانه قال بعد حين) كما ذكرنا (وهكذا أشار الطحاوى وأبو حنيفة لم يقدر فى ذلك) نقل الناطفى فى الاجناس عن نوادر المعلى قال أبو يوسف جهدنا على أبى حنيفة أن يوقت فى ذلك شيأ فأبى وفوضه الى رأى القاضى فى كل عصر (وعن محمد أنه قدره بشهر لان مادونه عاجل وهو رواية عن أبى حنيفة) ذكر فى المجرد قال أبو حنيفة لو سأل القاضى متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد وان قالوا شهر أو أكثر درئ الحد قال الناطفى فقد قدره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبى يوسف ومحمد أصله مسئلة اليمين حلف ليقضين دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر فى يمينه وقوله (وهو الاصح) يعنى تقدير التقادم بشهر

ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة فى الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ماضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء فى باب الحدود واختلفوا فى حد التقادم وأشار فى الجامع الصغير الى ستة أشهر فانه قال بعد حين وهكذا أشار الطحاوى وأبو حنيفة لم يقدر فى ذلك وفوضه الى رأى القاضى فى كل عصر وعن محمد أنه قدره بشهر لان مادونه عاجل وهو رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف وهو الاصح

الوجه المذكور (قوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة فى الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ماضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه) وقول زفر هو قول الائمة الثلاثة لان التأخير بعذر هرب وقد زال العذر (ولنا أن الامضاء) أى الاستيفاء (من القضاء) بحقوق الله تعالى بخلاف حقوق غيره وهذا لان الثابت فى نفس الامر استنابته تعالى الحاكم فى استيفاء حقه اذا ثبت عنده بلا شبهة فكان الاستيفاء من تمة القضاء أو هو هو هنا اذ لم يحتج الى التلفظ بلفظ القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ به بخلافه فى حقوق غيره تعالى فانه فيها الاعلام من له الحق بحقية حقه وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنهما فانما هو فى حقوقه تعالى استيفاؤها واذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء كما هو شرط حال القضاء بحق غيره اجماعا و بالتقادم لم تبق الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذى هو الاستيفاء فانتفى وهذا رد المختلف الى المختلف فان كون قيام الشهادة وقت القضاء شرطا صحيح لكن الكلام فى معنى قيامها فعندهم مالم يطرأ ما ينقضها من الرجوع هى قائمة حتى لو شهدوا ثم غابوا أو ماتوا جاز الحكم بشهادتهم وعندنا قيامها بقيامهم على الاهلية والحضور ثم قد يقال لو سلم ترجح هذا لكن التقادم انما يبطل فى ابتداء الاداء للتهمة وقد وجدت الشهادة بلا تقادم ووقعت صحيحة موجبة فاتفاق تقادم السبب بلا توان منهما لا يبطل الواقع صحيحا ولو قلنا ان ردها أنيط بالتقادم فلم يلتفت الى التهمة بعد ذلك يجب كونه أنيط بتقادم عن توان من الشاهدين والا فممنوع ونذكر فيما يلى هذه القولة مافيه زيادة ان شاء الله تعالى (قوله واختلفوا فى حد التقادم وأشار محمد فى الجامع الصغير الى أنه ستة أشهر حيث قال شهدوا بعد حين) وقد جعلوه عند عدم النية ستة أشهر على ما تقدم فى الأيمان اذا حلف لا يكلمه حينا وأبو حنيفة لم يقدره قال أبو يوسف جهدنا بأبى حنيفة أن يقدره لنا فلم يفعل وفوضه الى رأى القاضى فى كل عصر فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطا تقادم ومالا يعد تفريطا غير تقادم وأحوال الشهود والناس والعرف تختلف فى ذلك فانما يوقف عليه بنظر نظر فى كل واقعة فيها تأخير فنصب المقادير بالرأى متعذر (وعن محمد أنه قدره بشهر لان مادونه عاجل) على ما فى مسئلة الحلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر لا يحنث و بعده يحنث (وهو رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف وهو الاصح) ومأخذ هذه الرواية مما فى المجرد قال أبو حنيفة لو سأل القاضى

الشهود

(قوله فلذلك كان الاستيفاء من تمة القضاء فى حقوق الله تعالى) أقول وذكر فى الفوائد الظهيرية والفقه فيه أن المقصود من التلفظ بلفظ القضاء اعلام المشهود له أنه حقيق بالمشهود به أو اقداره على استيفاء ما ادعاه وفى الحدود لا سبيل الى كل واحد منهما أما الاعلام فلان المشهود له فى باب الحدود هو الله تعالى قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله والله لا تخفى عليه خافية ونائبه القاضى وانه يستفيد العلم بالشهادة ولا تمس الحاجة الى التلفظ بلفظ الشهادة وكذلك الاقدار على الاستيفاء فان القاضى بدون التلفظ به قادر على الاستيفاء كذا فى نسخ النهاية وأما فى معراج الدراية ولا تمس الحاجة الى التلفظ بلفظ القضاء اه وهو المناسب للسباق والسياق كما لا يخفى ثم قال الكاكى ولهذا يجوز له الاستيفاء بدون التلفظ بلفظ القضاء فاذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حالة الاستيفاء كما كان شرطا حالة القضاء اجماعا ولم يبق بالتقادم الشهادة

وهــذا اذالم يكن بين القاضى و بينهم مسيرة شهر أمااذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا تحقق التهمة والتقادم فى حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتى فى بابه ان شاء الله تعالى (واذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع) والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى وهى شرط فى السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشــبهة ولا معتبر بالموهوم (وان شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد) لاحتمال أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر

الشهود متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد وان قالوا شهر أو أكثر درئ عنه قال أبو العباس الناطفى فقدره على هــذه الرواية بشهر وهو قول أبى يوسف ومحمد (وهــذا) أعنى كون الشهر فصاعدا يمنع قبولها (اذالم يكن بينهم و بين القاضى مسيرة شهر أما اذا كان تقبل شهادتهم) بعد الشهر (لان المانع بعــدهم عن الامام فلا تحقق التهمة) فقد نظر فى هذا التقادم الى تحقق التهمة فيه وعدمه وهو يخالف ما ذكره من قريب أنه بعــد ما أنيط بالتقادم لا يراعى وجود التهــمة فى كل فرد الا أن يقال اذا كان المانع البعد أو المرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية حتى تقادم لم يكن ذلك التقادم المناط به بل هو ما لم يكن معه هذه الموانع من الشهادة ويجاب بأن هــذا رجوع فى المعنى الى اعتبار التقادم المناط به ما يلزمه أحد الامرين من الفسق والتهمة ثم هــذا التقادم المقدر بشهر بالاتفاق فى غير شرب الخمر أما فيه فكذلك عند محمد (وعندهما يقدر بزوال الرائحة) فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لم تقبل عندهما وستأتى هذه المســئلة ان شاء الله تعالى (قوله واذا شهدوا على رجــل أنه زنى بفلانة وهى غائبة فانه يحد) أجمع الائمة الاربعة عليــه وكذا لو أقر بالزنا بغائبة يحد الرجل باجماعهم لحديث ماعز فانه أقر بغائبة على ما تقدم ذكره ورجمه عليه الصلاة والسلام ونقل أبو الليث عن أبى حنيفة أنه كان يقول أولا لا يحد حتى تحضر المرأة لاحتمال أن تحضر فتــدعى ما يسقط الحد من نكاح مثلا ونحوه ثم رجع الى قول الكل وسيظهر وجه بطلان القول الاول (وان شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق أن بالغيبــة تنعدم الدعوى والدعوى شرط فى السرقة) للعمل بالبينــة لان الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منــه والشهادة للمرء على المرء لا تقبــل بلا دعوى وليست شرطا لثبوت الزنا عنــد القاضى وطولب بالفــرق بين القصاص اذا كان بين شريكين وأحــدهما غائب ليس للحاضر استيفاؤه لجواز أن يحضر فيقر بالعفو و بين الشهادة بزنا الغائبة فان الثابت فى كل منهــما شبهة الشبهة أجيب بالمنع بل الثابت فى صورة القصاص نفس الشــبهة وهى احتمال العفو فان العفو ليس شــبهة بل حقيقة المسقط فاحتماله هو الشــبهة وانما تكون شــبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتماله شبهة الشبهة بخلاف الغائبة فان نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة واعتبارها باطل والا أدى الى نفى كل حد فان ثبوته بالبينة أو الاقرار والذى يثبت به يحتمل أن يرجع عنه وكذا الشهود يحتمــل أن يرجعوا فلو اعتبرت شــبهة الشبهة انتفى كل حد وجه أنه شبهة الشبهة أن نفس رجوع المقر والشاهــد شبهة لانه يحتمل كذبه فى الرجوع فاحتمال الرجوع شبهة الشبهة (قوله وان شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لان الظاهــر أنها امرأته أو أمتــه) فلو قال المشهود عليــه المرأة التى رأيتموها معى ليست زوجتى ولا أمتى لم يحد أيضا لان الشهادة وقعت غــير موجبــة للحد وهذا اللفظ منه ليس اقرارا موجبا للحد فلا يحد وأما ما قيــل ولو كان اقرارا فمرة لا يقام الحــد يقتضى أنه لو قال أربعا حــد وليس كذلك (وان أقر أنه زنى بامرأة لا يعرفها حد لانه لا تشتبه عليه امرأته) فان قيل قد تشتبه عليه بأن لم تزف اليه قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما أقر بالزنا كان فرع علمه

وقوله (وهــذا) أى الذى قلنا من تقدير التقادم بشهر (اذا لم يكن بين القاضى وبينهم مســيرة شهر أما اذا كان فانها تقبل لان المانع بعدهــم عن الامام فلم تحقق التهمة) قال (واذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد) وكذا اذا أقر بذلك (وان شهدوا أنه سرق من فــلان وهو غائب لم يقطع والفرق أن بالغيبة تنعــدم الدعوى) لانها لا تصح على الغــائب (وهى شرط فى السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهــم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم) لانه شبهة الشبهة فالمعتــبر هو الشبهة دون النازل عنها لئلا ينسد باب اقامة الحدود وبيان ذلك أنها لو كانت حاضرة وادعت النكاح سقط الحد لمكان شــبهة الصــدق مع احتمــال الكذب فاذا كانت غائبــة كان الثابت عند غيبتها احتمال وجود الشــبهة وهو المعنى بشبهة الشبهة وهذا بخلاف ما اذا كان أحد أولياء القصاص غائبا فانه لا يســتوفى حتى يحضر الغائب لاحتمال أن يحضر الغائب فيقر بالعفو لانه لو حضر وأقر به ســقط القصاص بحقيقــة العفو لا بشــبهته فاذا كان غائبا تثبت شــبهة العفو لا شبهة شبهته (وان شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحــد لاحتمال انها امرأته أو أمته بل هو الظاهر) لان الظاهر من حال المســـلم أن لا يزنى والشهود لا يفصلون بين زوجته وأمته و بين غيرهــما الا بالمعرفة فاذا لم يعرفوها لا يمكن اقامة الحد بشهادتهم

(قال المصنف وهى شرط فى السرقة) أقول القطع لا للشهادة حتى ينافى ما مر آنفا

(وان أقر بذلك) أي بالزنا بامرأة لا يعرفها (حد لانه لا يخفى عليه امرأته أو أمته وان شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها

(وان أقر بذلك حد) لانه لا يخفى عليه أمته أو امرأته (وان شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة) وهو قول زفر (وقالا يحد الرجل خاصة) لاتفاقهما على الموجب وتفرد أحدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما وله أنه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط إحصانها فصارا خصمين في ذلك

أنها لا تشتبه عليه بزوجته التي لم تزف وصار معنى قوله لم أعرفها أي باسمها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه بخلاف الشاهد فانه يجوز أن يشهد على من يشتبه عليه فكان قوله لا يعرفها ليس موجبا للحد (قوله وان شهد اثنان) حاصلها أنه شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة الا أن رجلين قالا استكرهها وآخرين قالا طاوعته فعند أبي حنيفة يندرئ الحد عنهما وهو قول زفر والائمة الثلاثة (وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهم) أي الشهود الاربعة على الموجب للحد عليه كذا في بعض النسخ وهو الاحسن وفي غالبها لاتفاقهما أي الفريقين وعليه قوله (وتفرد أحدهما بزيادة جناية) أي تفرد أحد الفريقين بزيادة جناية منه (هي الاكراه) وهو لا يوجب التخفيف عنه (بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت) اذ قد اختلفوا فيه وتعارضوا فعدم الوجوب عليها لمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنى بصغيرة مشتهاة أو مجنونة ولابي حنيفة أنه قد اختلف المشهود عليه قرره في النهاية على ظاهره فقال اختلف المشهود عليه فان المشهود عليه اثنان على تقدير وهو ما اذا كانت طائعة لان الفعل أي الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما مباشر له فكانا مشهودا عليهما فيجب الحدان وواحد على تقدير وهو ما اذا كانت مكرهة فان الرجل هو المنفرد بالفعل فيجب حد واحد فكان المشهود عليه واحدا لان الاكراه يخرج المرأة من أن تكون فاعلة للزنا حكما ولهذا لا تأثم بالتمكين مكرهة فاختلاف الفعل المشهود به أورث اختلاف المشهود عليه واختلاف الفعل من أقوى الشبهة اه ولا يخفى أن المؤثر في اسقاطه عن الرجل ليس الا اختلاف الفعل المشهود به فانه هو المستقل بذلك فكونه يستلزم الشهادة على اثنين أو واحد لا يؤثر في الحكم لان حاصل ذلك أن الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال وهو الموجب لحده عندهما ولا فائدة لابي حنيفة في ايراد هذا الكلام بل الذي يفيده اختلاف الفعل المشهود به فاشتغاله بزيادة كلام لا أثر له ولا يفيد في المقصود فائدة بعيد وكونه على تقدير آخر مشهودا عليها معه والفرض ان ذلك التقدير وهو طواعيتها غير ثابت فانما هو أمر مفروض فرضا لا فائدة فيه أصلا ولذا حمل شارح لفظة عليه على به وعليه اقتصر في الكافي فقال وله أن المشهود به اختلف وليس على أحدهما أي على أحد الوجهين اللذين بهما الاختلاف نصاب الشهادة فلا يجب شئ وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبه ضرورة يعني أن الزنا بطائعة غير الزنا بمكرهة وشهادتهم بزنا داخل في الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة أربعة وقول المصنف يقوم بهما لا يريد قيام العرض بعد فرض أنه واحد بالشخص بل أنه يتحقق قيامه أي وجوده بهما (قوله ولان شاهدي الطواعية) لما اندرأ الحد عنها (صارا قاذفين لها) بالزنا (فصارا خصمين لها) ولا شهادة للخصم وكان مقتضاه أن يحدا حد القذف لكن سقط بشهادة الآخرين بزناها مكرهة فان الزنا مكرهة يسقط الاحصان في حد القذف والاحصان يثبت بشهادة اثنين فلما سقطت شهادتهما في حقها سقطت في حقه بناء على اتحاد الفعل فصار على زناه شاهدان فلا يحد وهذا الاعتذار في سقوط

وآخران أنها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما) أي لاتفاق الفريقين (على الموجب) للحد (وتفرد أحدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها) فان الموجب لم يتحقق (لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها فلم يثبت لاختلافهما) فيها وعدم الوجوب في حقها لمعنى غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقه كما في وطء الصغيرة المشتهاة أو المجنونة (ولابي حنيفة أن المشهود به قد اختلف لان الزنا فعل واحد يقوم بهما) وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين وهؤلاء أثبتوا له وصفين متضادين لان الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا والكره يوجب انفراد الرجل به واجتماعهما متعذر فكان كل واحد منهما فعلا خلاف الآخر فاختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة وقوله (ولان شاهدي الطواعية) دليل آخر وتقريره لان شاهدي الطواعية (صارا قاذفين) لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم واذا انتفت شهادتهما انتقص نصاب الشهادة فلا يقام بها الحد وكان ذلك يقتضي اقامة حد القذف على شاهدي الطواعية (ولكن سقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها) لوجود حقيقة الزنا

منها لكن لا تأثم بسبب الاكراه وقوله (وان شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة) ظاهر وقوله (خلافا لزفر) يعنى انه يقول يحدون لان شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قذفا كثلاثة شهدوا على رجل بالزنا فانهم يحدون حد القذف ولنا ماذكره بقوله (لشبهة الاتحاد) يريد شبهة اتحاد المشهود به وتقريره أن الشبهة دارئة فى الحدود بالحديث وقد وجدت لانهم شهدوا وا هم أهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة فى زعمهم نظرا الى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المرأة وانما جاء الاختلاف بذكر المكان فيثبت شبهة الاتحاد فى المشهود به فيدرأ الحد قيل والحاصل أنها شهادة من وجه دون وجه فبالنظر الى الاول لم تحد الشهود و بالنظر الى الثانى لم يحد المشهود عليه وقوله (وان اختلفوا فى بيت واحد حد الرجل والمرأة) ظاهر ولا يقال ان ذلك احتيال لوجوب الحد والحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها لان هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما أمكن ثم اذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد فان قيل فان كان كذلك فما بالكم لم تصححوا الشهادة فى مسئلة الاكراه والطواعية على مذهب أبى حنيفة رحمه الله بان يحمل على أن يكون ابتداء الفعل عن اكراه وانتهاؤه عن طوع أجيب بان كل ماذكر فى مسئلة الاكراه والطواعية لا يتفاوت بين أن يكون اكراها من أوله الى آخره وبين أن يكون أوله اكراها وآخره طوعا لان الاكراه مسقط للحد عن المرأة سواء كان فعل الزنا من أوله الى آخره اكراها أو أوله اكراها وآخره طوعا فلما كان كذلك كان فى شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرنا

(وان شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا) لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة (وان اختلفوا فى بيت واحد حد الرجل والمرأة) معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا فى زاوية وهذا استحسان والقياس أن لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل فى زاوية والانتهاء فى زاوية أخرى بالاضطراب أولان الواقع فى وسط البيت فيحسبه من فى المقدم فى المقدم ومن فى المؤخر فى المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

حد القذف يحتاج اليه عندهما على ماذكر فى جامع شمس الائمة حيث قال لم يجب حد القذف على الشهود عند أبى حنيفة لانهم اتفقوا على النسبة الى الزنا بلفظة الشهادة وذلك مخرج لكلامهم عن كونه قذفا كما فى المسئلة التى تلى هذه وأما عندهما فلأن شاهدى الطواعية صارا قاذفين لها لكن شاهدى الاكراه أسقطاه الى آخر ماذكرنا (قوله وان شهد اثنان الخ) أى شهد أربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا أنه زنى بها بالكوفة والآخران يشهدان أنه زنى بها بالبصرة (درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان) لان الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة (ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة) وهو شهادة أربعة (ولا يحد الشهود) للقذف وفيه خلاف زفر فعنده يحدون للقذف وهو قول الشافعى لان العدد لما لم يتكامل بكل زنا صاروا قذفة كما لو كانوا ثلاثة شهدوا به فانهم يحدون قلنا كلامهم وقع شهادة لوجود شرائطها من الاهلية ولفظة الشهادة وتم العدد فى حق المشهود عليه فان شبهة الاتحاد فى نسبة الزنا الى امرأة واحدة وصيغة الشهادة ثابتة وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندرئ الحد عنهم والحاصل أن فى الزنا شبهة أوجبت الدرء عن المشهود عليه وفى القذف شبهة أوجبت الدرء عن الشهود قال قاضيخان وكلامنا أظهر لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم وقد وجد الاتيان بأربعة (قوله وان اختلفوا فى بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنا فى زاوية وهذا) أعنى حد الرجل والمرأة مع هذا الاختلاف (استحسان والقياس أن لا يحدوا) لاختلاف المكان حقيقة وبه يختلف الفعل المشهود به فتصير كالتى قبلها من البلدين والدارين والقياس قول زفر والشافعى ومالك وجه الاستحسان أنهم اتفقوا على فعل واحد حيث نسبوه الى بيت واحد صغير اذ الكلام فيه بخلاف الكبير وبعد ذلك تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل لان البيت اذا كان صغيرا والفعل وسطه فكل من كان فى جهة يظن أنه اليه أقرب فيقول انه فى الزاوية التى تليه بخلاف الكبير فانه لا يحتمل هذا فكان كالدارين فكان اختلافهم صورة لا حقيقة أو حقيقة والفعل واحد بان كان ابتداء الفعل فى زاوية ثم صار الى أخرى بتحركهما عند الفعل وأما ما قيل فانهم

(قوله فى زعمهم نظرا الخ) أقول فيه تأمل (قوله قيل والحاصل) أقول صاحب القيل هو الاتقانى (قوله أنها شهادة من وجه دون وجه) أقول أى أنها شهادة صورة وان لم تكن شهادة حقيقة (قوله ولا يقال بان ذلك احتيال الخ) أقول سيجيب الشارح عن هذا السؤال بجواب آخر فى باب الاختلاف فى الشهادة من كتاب الشهادات فراجعه (قوله أجيب بان كل ماذكر الخ) أقول ويجوز أن يفرق أيضا بان الطواعية داخلة فى صلب الشهادة ولهذا يسأل الامام عن الكيفية كما صرحوا به بخلاف زوايا البيت فانه لو سكت عنها تقبل الشهادة فاكتفى بامكان التوفيق فيما ليس داخلا فيها صونا للحجة الشرعية عن البطلان بقدر الامكان ولم يكتف به فيما هو داخل فيه نظرا للمشهود عليه ورعاية لجانبه فليتأمل

(وان شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا) أما عنهما فلأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين غير عين وأما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق

اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بجيد لان ذلك أيضا قائم فى البلدتين نعم انما هم مكلفون بأن يقولوا مثلا فى دار الاسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه فان قيل هذا توفيق لاقامة الحد وهو احتياط فى الاقامة والواجب درؤه أجيب بأن التوفيق مشروع صيانة للقضاء عن التعطيل فانه لو شهد أربعة على رجل بالزنا بفلانة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم على زناها فى غير الوقت وقبوله مبنى على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذى شهد به الآخرون ان لم ينص عليه فى شهادته فان قيل الاختلاف فى مسئلتنا منصوص عليه وفى هذه مسكوت عنه أجيب بان التوفيق مشروع فى كل من الاختلاف المنصوص والمسكوت ومن الاول ما اذا اختلفوا فى الطول والقصر أو فى السمن والهزال أو فى أنها بيضاء أو سمراء أو عليها ثوب أحمر أو أسود تقبل فى كل ذلك وقد استشكل على هذا مذهب أبى حنيفة فيما اذا شهدوا فاختلفوا فى الاكراه والطواعية فان هذا التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية قال فى الكافى عكن أن يجاب عنه بان ابتداء الفعل كرها اذا كان عن اكراه لا يوجب الحد فبالنظر الى الابتداء لا يجب وبالنظر الى الانتهاء يجب فلا يجب بالشك وهنا بالنظر الى الزوايتين يجب فافترقا (قوله ولو شهد أربعة أنه زنى بامرأة عند طلوع الشمس بالنخيلة) بالنون والخاء المعجمة تصغير نخلة مكان بظاهر الكوفة وقد يقال بجيلة بالباء المفتوحة والجيم وهو تصحيف لانه اسم قبيلة باليمن (وشهد أربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند فلا حد على أحد منهم أما عنهما فللتيقن بكذب أحد الفريقين غير عين) اذ الانسان لا يتصور منه الزنا فى ساعة واحدة فى مكانين متباعدين فلا يجب حدهما بالشك وأما فى الشهود فللتيقن بصدق أحد الفريقين فلا يحدون بالشك فلو كان المكانان متقاربين جازت شهادتهم لانه يصح كون الامرين فيهما فى ذلك الوقت لان طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتدادا عرفيا لا أنه يخص آن ظهورها من الافق ويحتمل تكرار الفعل ودير هند دير بظاهر الكوفة وهند بنت النعمان بن المنذر بن ماء السماء كانت ترهبت وبنت هذا الدير وأقامت به وخطبها المغيرة بن شعبة أيام امارته على الكوفة فقالت والصليب مافى رغبة لجمال ولا لكثرة مال انما أراد أن يفتخر بنكاحى فيقول نكحت بنت النعمان بن المنذر والا فأى رغبة لشيخ أعور فى عجوز عمياء فصدقها المغيرة وقال فى ذلك

أدركت ما منيت نفسى خاليا * لله درك يا ابنة النعمان

فلقد رددت على المغيرة (١) دهيه * ان الملوك ذكية الأذهان

انى لحلفك بالصليب مصدق * والصلب أصدق حلفة الرهبان

وكانت بعد ذلك تدخل عليه ويسألها فسألها يوما عن حالها فقالت

فبينا نسوس الناس والأمر أمرنا * اذا نحن فيهم سوقة نتنصف

فأف لدنيا لا يدوم نعيمها * تقلب تارات بنا وتصرف

ذكر هذا ابن الشجرى فى أماليه على القصيدة المنازلية للشريف الرضى التى أولها

مازلت أطرق المنازل باللوى * حتى نزلت منازل النعمان

عند قوله

ولقد رأيت بدير هند منزلا * ألما من الضراء والحدثان

أغضى كمستمع الهوان تغيبت * أنصاره وخلا عن الأعوان

قال (واذا شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا) النخيلة تصغير نخلة التى هى واحدة النخل موضع قريب من الكوفة والباء الموحدة المفتوحة والجيم تصحيف لانه اسم حى من اليمن ودير هند لا يساعد عليه لانه أيضا موضع قريب من الكوفة وكلامه واضح وقوله (فلاحتمال صدق كل فريق) يعنى أن احتمال الصدق فى كلام كل من الفريقين قائم وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف

---

(١) دهيه بفتح الدال المهملة وسكون الهاء ثم مثناة تحتية وهو الدهاء أى المكر ووقع فى النسخ ذهنه بمعجمة ونون وهو تحريف فليحذر كتبه مصححه

وقوله (درئ الحد عنهما وعنهم) توضيحه أن الزنا لا يتحقق مع البكارة وشهادة النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصا في اسقاط الحد فيسقط عنهما وأما عنهم فلأنه تكامل نصاب الشهادة وانما امتنع حكمها بقول النساء ولا مدخل لقولهن في اثبات الحدود وقوله (فان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان) ظاهر وقوله (لان الزنا يثبت بالاداء) أي يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا أداء للعميان والعبيد والمحدودين في القذف لا كاملا ولا ناقصا فانقلبت شهادتهم قذفا لانهم نسبوهما الى الزنا ولم تكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكانت قذفا ضرورة وقوله (لان الفاسق من أهل الاداء والتحمل) يعني بالنص قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا فالامر بالتثبت دليل على أن الفاسق من أهل الاداء لانه لو لم يكن أهلا لما أمر بالتثبت ألا ترى أن العبد اذا شهد يؤمر بالرد لا بالتثبت وذكر الامام قاضيخان أن الشهود ثلاثة شاهد له أهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له أهلية التحمل والاداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له أهلية التحمل وليس له أهلية الاداء كالاعمى والمحدود في القذف ولهذا ينعقد النكاح بهما

(وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم) لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسئلة أن النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم (وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف فانهم يحدون) ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل أداء الشهادة والعبد ليس بأهل للتحمل والاداء فلم تثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء (وان شهدوا بذلك وهم فساق أو ظهر أنهم فساق لم يحدوا) لان الفاسق من أهل الاداء والتحمل وان كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا ويثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان وسيأتي فيه خلاف الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة فهو كالعبد عنده

بالى المعالم أطرقت شرفاته * إطراق منجذب القرينة عاني
وذكرت مسحبها الرياط بجوه * من قبل بيع زمانها بزمان
وبما تردّ على المغيرة دهيه * نزع النوار بطيئة الاذعان

والنوار من النساء التي تنفر من الريبة يقال نارت المرأة تنور نورا اذا نفرت عن القبيح (قوله وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر) بأن نظر النساء اليها فقلن هي بكر (درئ الحد عنهما) أي عن المشهود عليهما بالزنا (وعنهم) أي ويدرأ حد القذف عن الشهود وهو أحد قولي الشافعي وأحمد وعند مالك تحد المرأة والرجل أما الدرء عنهما فلظهور كذب الشهود اذ لا بكارة مع الزنا وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد والوجه أن يقال ان لم تعارض شهادتهن شهادتهم تثبت بشهادتهن بكارتها وهو لا يستلزم عدم الزنا لجواز أن تعود العذرة لعدم المبالغة في ازالتها فلا يعارض شهادة الزنا فينبغي أن لا يسقط الحد وان عارضت بأن لا يتحقق عود العذرة يجب أن تبطل شهادتهن لانها لا تقوى قوة شهادتهم قلنا سواء انتهضت معارضة أو لا لابد أن تورث شبهة بها يندرئ ولذا يسقط بقولهن هي رتقاء أو قرناء ويقبل في ذلك قول امرأة واحدة وأما عن الشهود فلتكامل عددهم في الشهادة على الزنا وانما امتنع الحد بشهادتهم لقولهن فقولهن حجة في اسقاط الحد لا في ايجابه والحاصل أنه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة في ازالتها بالزنا أو لكذبهن (قوله وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف يحد الشهود ولا يحد المشهود عليه) الاصل أن الشهود باعتبار التحمل والاداء أنواع أهل للتحمل والاداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل وأهل لهما على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومقابل القسمين ليس أهلا للتحمل ولا للاداء وهم العبيد والصبيان والمجانين والكفار وأهل للتحمل لا الاداء كالمحدودين في قذف والعميان فالاول يحكم بشهادته وتثبت الحقوق بها والثاني يجب التوقف فيه ليظهر صدقه أولا فلا والثالث لا شهادة له أصلا حتى لم يعتبر فيما لم يعتبر للاداء فلا يصح النكاح بحضورهما وشهادتهما والرابع يعتبر في هذا فصح النكاح بحضور العميان والقذفة ولو شهدوا بعد ذلك لم تقبل اذا عرف هذا ففي المسئلة المذكورة عدم الحد للزنا ظاهر

(قال المصنف وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان) أقول العميان والمحدودون في قذف ليسوا من أهل أداء الشهادة لكنهم من أهل التحمل ولهذا ينعقد النكاح بحضورهم والعبد ليس من أهل التحمل والاداء والفاسق من أهل التحمل والاداء (قال المصنف لان الزنا يثبت بالاداء) أقول أي عند القاضي كما فسر به الشيخ المصنف قوله في أول كتاب الحدود الزنا يثبت بالبينة والاقرار حيث قال والمراد ثبوته عند الامام فراجعه

(وان نقص عدد الشهود عن أربعة حدّوا) لانهم قذفة اذلاحسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها (وان شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبدا أومحدودا فى قذف فانهم يحدون) لانهم قذفة اذ الشهود ثلاثة (وليس عليهم ولاعلى بيت المال أرش الضرب وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند أبى حنيفة وقالا أرش الضرب أيضا على بيت المال) قال العبد الضعيف عصمه الله معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لايضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع تجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم

(وان نقص عدد الشهود عن أربعة حدّوا لانهم قذفة اذلاحسبة عند نقصان العدد) فان الشاهد مخير بين حسبتين على ماص وههنا لم يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر ولاحسبة أداء الشهادة أيضا لنقصان عددهم فان الله تعالى قال والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واذا لم توجد الحسبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن القذف انما كان باعتبار الحسبة وقوله (وان شهد أربعة على رجل بالزنا) ظاهر وقوله (وعندهما يضمنون) أى أرش الجراحة اذا لم يمت والدية ان مات

لانه لايثبت بشهادة هؤلاء أى العميان والمحدودين فى القذف مايثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها مالايثبت معها من الحدود وهذا لان العميان والمحدودين ليسوا أهلا للاداء والعبد ليس أهلا للتحمل أيضا فلم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء فصاروا قذفة فيحدون بخلاف الفساق اذا شهد أربعة منهم على الزنا لايحدون وان لم يقبلوا لانهم أهل للاداء مع قصور حتى لو حكم حاكم بشهادة الفساق نفذ غير أنه لايحل له ذلك فاحتطنا فى الحد فسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت ويأتى فيه خلاف الشافعى بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة وكذا قال أحمد فى رواية عنه (قوله وان نقص عدد الشهود عن أربعة) بان كانوا ثلاثة فأقل (حدوا) حد القذف يعنى اذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لانه حقه فتوقف على طلبه وهذه اجماعية لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وحين شهد على المغيرة رضى الله عنه أبو بكرة ونافع بن علقمة وشبل بن معبد ولم تكمل بشهادة زياد حد عمر رضى الله عنه الثلاثة الشهود بمحضر من الصحابة فكان اجماعا والاربعة اخوة لام واسم أمهم سمية وأما وجهه من جهة المعنى فلان اللفظ لاشك فى أنه قذف وانما يخرج عن حكم القذف اذا اعتبر شهادة ولا يعتبر شهادة الا اذا كانوا نصابا (قوله وان شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم الخ) حاصلها أنه اذا حد بشهادة شهود جلدا فجرحه الحد أو مات منه لعدم احتماله اياه ثم ظهر بعض الشهود عبدا أومحدودا فى قذف أوأعمى أو كافرا فانهم يحدون بالاتفاق لان الشهود حينئذ أقل من أربعة ومتى كانوا أقل حدوا حد القذف ثم قال أبو يوسف ومحمد أرش الجراحة ودية النفس فيما اذا مات فى بيت المال وقال أبو حنيفة رحمه الله لاشئ عليهم ولاعلى بيت المال ولو كان الحد الرجم فرجم ثم ظهر أحد الشهود على ماذكرنا فديته على بيت المال اتفاقا قال المصنف (وعلى هذا اذا رجع الشهود) يعنى بعد ماضرب فجرح أومات (لايضمنون عنده وعندهما يضمنون) أرش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وظاهر أنه لايحسن كل الحسن لفظ وعلى هذا هنا لان مثله يقال اذا كان الخلاف فى المشار اليها كالخلاف المشبه به وليس هنا كذلك فان ذلك الخلاف هو أن الارش والدية فى بيت المال عندهما وعنده ليس على بيت المال شئ وهنا عندهما على الشهود وعنده ليس عليهم شئ وقال الشافعى ومالك وأحمد الارش والدية على الحاكم (قوله لهما أن الواجب مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف) الجرح والموت (الى شهادتهم) فصاروا كالمباشرين لما أوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بأنهم جناة فى شهادتهم كمن ضرب شخصا بسوط فجرحه أومات وكشهود القصاص والقطع اذا رجعوا هذا اذا رجعوا وأما اذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبدا أومحدودا الخ وهو ما أراد بقوله

قوله (فصار كالرجم والقصاص) يعنى اذا شهد الشهود فرجم المشهود عليه او قتل ثم رجعوا يضمنون الدية ووجه أبى حنيفة ظاهر وقوله (فى الصحيح) يعنى فى الصحيح من الرواية وذكر فى مبسوط فخر الاسلام ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس بمأمور بهذا الوجه لانه أمر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد منه الضرب على هذه الوجوه يقع فعله تعديا

فصار كالرجم والقصاص ولابى حنيفة أن الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى فى الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا أنه لا يجب عليه الضمان فى الصحيح كى لا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة (وان شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد) لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها (فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة فى ذلك المكان لم يحد أيضا) معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع فى عين هذه الحادثة

وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين بجنايتهم فيجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضى لانه الآمر له وفعل المأمور ينتقل الى الآمر عند صحة الامر فكأنه ضرب بنفسه ثم ظهر خطؤه وفيه يكون الضمان فى بيت المال لانه عامل للمسلمين لا لنفسه فتجب الغرامة التى لحقته بسبب عمله لهم فى مالهم وصار الجرح والموت من الجلد كالرجم والقصاص اذا قضى به فان الضمان عند ظهور الشهود محدودين أو عبيدا الخ فى بيت المال اتفاقا (قوله ولابى حنيفة أن الواجب بشهادتهم هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك) فتضمن هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب وقولهما فى اثباته ان الاحتراز عن الجارح خارج عن الوسع ممنوع بل ممكن غير عسر أيضا (ولا يقع جارحا الا لخرق الضارب وقلة هدايته وترك احتياطه فاقتصر عليه) فلم يتعد الى الشهود ولا القاضى بخلاف الرجم فانه مضاف الى قضاء القاضى لانه قضى به ابتداء ثم ظهر خطؤه ومصلحة عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطئه عليهم فى مالهم لان الغرم بالغنم أما الجلد الجارح فلم يقض به فلا يلزمه فيكون فى بيت المال بل يقتصر على الجلاد (الا أنه لا يجب عليه الضمان فى الصحيح) لانه لم يتعمده فلو ضمناه لامتنع الناس من الاقامة مخافة الغرامة واذا لم تجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضى لتثبت فى بيت المال لم تجب أصلا وهو المطلوب وقوله فى الصحيح احتراز عن قول فخر الاسلام فى مبسوطه لو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لان ليس مأمورا بهذا الوجه بل بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد فعله على هذا الوجه رجع متعديا فيجب عليه الضمان وهذا أوجه من جعله احترازا عن جواب القياس وانما يقال ذلك لضرورة عدم الخلاف فى الواقع (قوله وان شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها) أى فى هذه الشهادة التى هى الشهادة على الشهادة (من زيادة شبهة) لتحققها فى موضعين فى تحميل الاصول وفى نقل الفروع وهو قول مالك وأحمد والاصح من مذهب الشافعى أنه يحد بها اذا تكاملت شروطها ونحن نمنع بزيادة الشبهة وهى وان لم تمنع فى الشرع لان الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة وألزم القضاء بموجبها فى المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا ولا يلزم من اعتبارها فى الجملة اعتبارها فى كل موضع كشهادة النساء فانها معتبرة صحيحة لذلك وليست معتبرة فى الحدود لزيادة شبهة فيها نعلم أن الشهادة مع زيادة مثل تلك الشبهة معتبرة الا فى الحدود وسببه أنه يحتاط فى درئها فكان الاحتياط ردما كان كذلك من الشهادة كما ردت شهادة النساء فيها ولانها بدل واعتبار البدل فى موضع يحتاط فى اثباته لا فيما يحتاط فى ابطاله (فان جاء الاولون) يعنى الاصول (فشهدوا بالمعاينة) بنفس ما شهد به الفروع من الزنا فعنده لا تقبل أيضا (لان شهادة هؤلاء الاصول قد ردها الشرع من وجه برده شهادة الفروع فى عين الحادثة) التى شهد بها الاصول

فيجب عليه الضمان وذكر فى كتاب الايضاح فى هذه المسئلة لابى حنيفة وجها حسنا وهو أن الاضافة الى الشهود من حيث الايجاب دون الايجاد والاثر الحاصل موجب وجود الضرب لا موجب وجوبه فلم يكن مضافا الى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان وقوله (لما فيها من زيادة الشبهة) معناه لما فيها من شبهة زادت على الاصل لم تكن فيه فان الكلام اذا تداولته الالسنة يمكن فيه زيادة ونقصان

(قال المصنف فصار كالرجم والقصاص) أقول وقد سبق آنفا وسيجىء فى آخر باب التعزير كلام يتعلق بهذا المقام (قال المصنف الا انه لا يجب عليه الضمان فى الصحيح) أقول قال الاتقانى استثناء من قوله فيقتصر عليه وهذا جواب سؤال بان يقال لما اقتصر عليه كان ينبغى أن يجب عليه الضمان وهو القياس فاجاب عنه وقال لكن لا يجب عليه الضمان فى الوجه الصحيح وهو الاستحسان كى لا يمتنع الناس اه وفسر غيره الصحيح بالصحيح من الرواية (قال المصنف لما فيها من زيادة الشبهة) أقول يعنى ان فى جميع الشهادات شبهة الكذب لكنها متحملة لئلا يلزم انسداد باب الحدود وفى الشهادة على الشهادة شبهة عدم التحميل أيضا ففيها زيادة الشبهة ولا تتحمل (قال المصنف ولا ضرورة الى تحملها) أقول يعنى ان الشهادة على الشهادة شرعت للحاجة ولا حاجة اليها هنا لان الحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها

قوله (اذهم قائمون مقامهم) أى الفروع قائمة مقام الاصل فكان الرد لشهادة الفروع ردا لشهادة الاصول وذلك لان الموضع الذى تقبل فيه شهادة الفروع تقبل فيه شهادة الاصول وفى الموضع الذى ترد يتعدى ردها الى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة وقوله (ولا تحد الشهود) يعنى الاصول والفروع (لان عددهم متكامل) والاهلية موجودة (وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة) وهو شبهة عدم التحميل فى الفروع وشبهة الرد فى الاصول (وهى كافية للدرء لا للايجاب) لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة له قال (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا) هذا شروع فى بيان الرجوع عن الشهادة فى الزنا وكلامه واضح وقوله (لانه ان كان قاذف حى فقد بطل بالموت) يعنى لان حد القذف لا يورث (وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضى) وذلك ان لم يسقط الاحصان فلا أقل من ايراث الشبهة والحد يسقط بها (ولنا أن الشهادة تنقلب قذفا بالرجوع) عنها لانها تنفسخ به واذا انفسخت كانت قذفا لانتفاء الحسبتين جميعا (فجعل للحال قذفا للميت) واذا انقلبت قذفا

فقد انفسخت حجيتها واذا انفسخت حجيتها انفسخ ما بنى عليها وهو القضاء واذا انفسخ القضاء اندفع القول بكونه مرجوما بحكم القاضى فلا يسقط الاحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذفه لكن قيد بقوله فى حقه لانه زعم أن شهادته ليست بحجة وزعمه فى حق نفسه معتبر بخلاف ما اذا قذف غيره لانه غير محصن فى حق غيره لقيام القضاء فى حقه لان قضاء القاضى فى زعمه صحيح متقرر فكان قذفه واقعا فى حق غير المحصن فلا يجب حد القذف ولقائل أن يقول القضاء لو كان قائما فى زعمهم وجب الحد لا محالة فاذا كان قائما فى زعم دون زعم كان قائما من وجه دون وجه ومثله يورث الشبهة الدارئة للحد واعترض أيضا بان أحد الشهود لو ظهر عبدا بعد الرجم لم يحد الشهود حد القذف بالاجماع ولو ظهر احدهم عبدا بعد الجلد حدوا وما ذلك الا لان القذف ان ثبت بالشهادة ثبت من وقت الشهادة كما قال زفر ومن قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف وأجيب بان أحدهم اذا ظهر عبدا علم أن شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا فى ذلك الوقت لعدم أهلية الشهادة لان العبد لا شهادة له فان كان الحد جلدا فقد قذف حيا فيحدوا وان كان رجما قذف حيا ثم مات فلا يحد بخلاف ما نحن فيه فانها كانت شهادة فى ذلك الوقت وبالرجوع انقلبت قذفا بعد الموت فكان قاذفا للميت فيحد

اذهم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهى كافية لدرء الحد لا لايجابه (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية) أما الغرامة فلانه بقى من بقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعى يجب القتل دون المال بناء على أصله فى شهود القصاص وسنبينه فى الديات ان شاء الله تعالى وأما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يحد لانه ان كان الراجع قاذف حى فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضى فيورث ذلك شبهة ولنا أن الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتنى عليه وهو القضاء فى حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن فى حق غيره لقيام القضاء فى حقه

(اذهم قائمون مقامهم) فصار شبهة فى درء الحد عن المشهود عليه بالزنا (ثم لا يحد الشهود) الاصول ولا الفروع (لان عددهم متكامل) فلم تكن شهادتهم قذفا غير أنه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهى كافية لدرء الحد لا لايجابه فلا يوجب حد القذف على الشهود (قوله واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم) حاصل وجوه رجوع واحد ثلاثة إما قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء أو بعده ذكرها المصنف كلها فذكر أولا ما اذا رجع واحد من الاربعة بعد الامضاء وهو الرجم مثلا وأن حكمه أنه وحده يغرم ربع الدية أما غرامة ربع الدية فلأنه بقى من بقى بشهادته ثلاثة أرباعها فيكون التالف بشهادة الراجع ربعها لاتلافه بها ربع النفس حكما فيضمن بدل الربع وقال الشافعى يجب القتل لا المال بناء على أصله فى شهود القصاص انهم اذا رجعوا يقتلون قال المصنف (وسنبينه فى الديات) قيل وقعت الحوالة غير رائجة لانه لم يذكره فيه وأما حد الراجع وحده فمذهب علمائنا الثلاثة أنه يحد وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف حى برجوعه فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث لان الغالب فيه حق الله فيورث شبهة وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضى وحكمه برجمه يوجب شبهة فى إحصانه ولهذا لا يحد الباقون اجماعا (قوله ولنا الخ) حاصله اختيار الشق الثانى وهو أنه قذف ميت ثم نفى الشبهة الدارئة لحد القذف عنه أما أنه قذف ميت فلأن بالرجوع

تنفسخ

(قال المصنف وأما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة) أقول عطف على قوله أما الغرامة بتأويل أما الغرامة فمذهب جميع علمائنا لانه بقى من يبقى الخ وأما الحد فمذهب الثلاثة من علمائنا وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى (قوله ولقائل أن يقول القضاء لو كان قائما فى زعمهم وجب الحد) أقول فيه تأمل الا أن يكون وجب بمعنى سقط

(فان لم يحدّ المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه) وقال محمد حد الراجع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا فى حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما أن الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا اسقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حد وا جميعا وقال زفر يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا أن كلامهم قذف فى الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل به بقى قذفا فيحدون (فان كانوا خمسة فرجع أحدهم فلا شئ عليه) لانه بقى من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة (فان رجع آخر حدّا وغرما ربع الدية) أما الحد فلما ذكرنا

تنفسخ شهادته فتصير قذفا للحال لا أنه بالرجوع يتبين أن تلك الشهادة كانت قذفا من الاول لانها حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير أن بالرجوع تنفسخ فتصير قذفا للحال كمن علق الطلاق ثم وجد الشرط بعد سنة فوقع يقع الآن لا أنه يتبين أنه وقع حين التكلم به وكذا اذا فسخ وارث المشترى البيع مع البائع بعد موت المشترى يثبت به الملك فى الحال للبائع بخلاف ما لو ظهر أحدهم عبدا بعد الحد فانهم يحدون كلهم لانه ظهر ان الراجع وغيره قذفة لان العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصا فيحدون وانما لا يحدون بعد الرجم عند ظهور أحدهم عبدا لانه قذف حيا فمات وأما أن كونه مرجوما ليس شبهة فى حقه دارئة للحد عنه فلانه لما انفسخت الحجة انفسخ ما بنى عليها وهو القضاء برجمه فى حقه بزعمه واعترافه فاذا انفسخ تلاشى فكأنه لم يكن لكن ذلك فى حق الراجع خاصة فلم يكن بحيث يوجب شبهة فى حقه لان زعمه معتبر فى حقه بخلاف غيره لانه لم ينفسخ فى حق غيره فلذا احد الراجع ولم يحدّ غيره لو قذفه لان القضاء لما كان قائما فى حق الغير صار المرجوم غير محصن فى حقه ثم ذكر المصنف رجوع الواحد قبل الامضاء بعد القضاء فقال (فان لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم) أى بعد القضاء قبل الامضاء (حدوا جميعا وقال محمد) وزفر (يحد الراجع وحده لان الشهادة تأكدت بالقضاء) فلم يبق طريق الى وقوعها قذفا فالرجوع بعد القضاء قبل الامضاء انما يؤثر فسخ القضاء فى حقه خاصة كالرجوع بعد الاستيفاء (ولهما أن الامضاء) أى استيفاء الحد (من القضاء) وقد تقدم بيان كون الامضاء من القضاء بحقوق الله تعالى فى مسئلة التقادم فكان رجوعه قبل الامضاء كرجوعه قبل القضاء وتظهر ثمرة كون الامضاء من القضاء فيما اذا اعترضت أسباب الجرح فى الشهود أو سقوط احصان المقذوف أو عزل القاضى يمتنع استيفاء حدّ القذف وغيره ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال (ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدّوا جميعا) وهو قول الائمة الثلاثة (وقال زفر يحدّ الراجع خاصة) لان رجوعه عامل فى حق نفسه دون غيره فتبقى شهادتهم على ما هى عليه لا تنقلب قذفا (ولنا أن كلامهم قذف فى الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به) ولم يتصل به لان رجوعهم منع من ذلك فبقى قذفا فيحدون والاولى أن يقال كلامهم قذف فى الاصل وانما يصير شهادة ما دام بصفة ايجابه القضاء على القاضى وبالرجوع انتفى فكان قذفا وهذا الان كونه لا يخرج عن القذف الى الشهادة الا باتصاله بحقيقة القضاء مما يمنع اذا عرف هذا قلنا لو امتنع الرابع عن الاداء يحدّ الثلاثة ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة اياه الى الزنا قولا فكذا اذا رجع أحدهم يحدّ ثلاثتهم بقولهم زنى (قوله فان كانوا خمسة) عطف على أول المسئلة ولو شهد أربعة (فرجع أحدهم) أى بعد الرجم (لا شئ عليه) أى لا حدّ ولا غرامة (لانه بقى) بعد رجوعه (من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة) وهو قول الائمة الاربعة سوى قول الشافعى رحمه الله غير الاصح عندهم (وان رجع آخر) مع الاول (حدّ كل منهما وغرما ربع الدية) وللشافعى تفصيل وهو انهما ان قالا اخطأنا وجب عليهما قسطهما من الدية وفيه وجهان فى وجه خمساها وفى وجه ربعها كقولنا ولو قالا تعمدنا الكذب يقتلان (أما الحدّ فلما ذكرنا) يعنى من أن الشهادة تنقلب

وقوله (فان لم يحد المشهود عليه) ظاهر وقوله (ولنا أن كلامهم قذف فى الاصل) يعنى لكونه صريحا فيه لكن سلب عنه ذلك اذا صار شهادة (وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل به بقى قذفا) وهذا يناقض ما تقدم لانه قال هنالك ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع وههنا قال انها قذف وانما تصير شهادة باتصال القضاء بها ويمكن أن يجاب عنه بانه لا منافاة بينهما لانه قذف فى الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به ثم يعود الى ما كان بالرجوع وعلى هذا لا يرد قول من يقول ان فيما قال أصحابنا مؤاخذة من لم يرجع بذنب من رجع وقد قال تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى لان الكل قذفة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة فكل منهم مؤاخذ بذنبه لا بذنب غيره وقوله (وان كانوا خمسة فرجع أحدهم) يعنى بعد الرجم لان وضع المسئلة فى ذلك وقوله (فلما ذكرنا) اشارة الى ما قال من قبل ولنا أن الشهادة انما تنقلب قذفا الخ ومعناه يحدان جميعا لانه لما رجع الثانى لم يبق من الشهود من تتم به

الحجة وقد انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فيحدان فان قيل الاول منهما حين رجع لم يجب عليه حد ولا ضمان فلو لزمه ذلك لكان لزومه برجوع الثاني ورجوع غيره (١٧٤) لا يكون ملزما اياه بالحد أجيب بان الحد لم يجب لا لانعدام السبب بل لوجود المانع وهو بقاء الحجة التامة فاذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر لا بزوال المانع ولو اعتبرنا هذا المعنى لوجب القول بأنهم لو رجعوا معا لم يحد واحد منهم لان في حق كل واحد منهم لا يلزمه شئ برجوعه وحده لو ثبت أصحابه على الشهادة وهذا بعيد قال (وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا) التزكية من زكى نفسه اذا مدحها وتزكية الشهود الوصف بكونهم أزكياء وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا (فرجم فظهر الشهود مجوسا أو عبيدا فالدية على المزكين عند أبي حنيفة معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال أبو يوسف ومحمد هو) أي الضمان (على بيت المال) ولما كان قوله رجعوا عن التزكية محتملا أن يكون الرجوع بان يقولوا أخطأنا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وان يكون بان يقولوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهو محل النزاع قال (وقيل هذا اذا قالوا) يعني لو قالوا أخطأنا لما وجب الضمان بالاتفاق قالا المزكون ما أثبتوا سبب الاتلاف لانه هو الزنا وما تعرضوا له وانما أثنوا على الشهود خيرا فكان كما اذا أثنوا على المشهود عليه خيرا فكانوا في المعنى كشهود الاحصان وفي الا أن أولئك أثبتوا خصالا حميدة في الزاني وهؤلاء أثبتوا خصالا حميدة في الشاهد فكما لا ضمان على أولئك كذلك لا ضمان على هؤلاء

وأما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف (وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على المزكين عند أبي حنيفة) معناه اذا رجعوا عن التزكية (وقالا هو على بيت المال) وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما أنهم أثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا أثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا باحصانه

قذفا للحال فعليهما الحد بعد عند رجوع الثاني تنفسخ شهادتهم ما قذفا لعدم بقاء تمام الحجة بعد رجوع الثاني لأن رجوع الثاني هو الموجب للحد (وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر) في قدر لزوم الغرامة (بقاء من بقي) لا رجوع من رجع على ما عرف (قوله وان شهد أربعة على رجل بالزنا وزكوا) أي بأن قال المزكون هم أحرار مسلمون عدول أما لو اقتصروا على قولهم عدول فلا ضمان على المزكين بالاتفاق اذا ظهروا عبيدا فاذا زكوا كما قلنا فرجم ثم ظهر بعضهم كافرا أو عبيدا فاما أن يستمر المزكون على تزكيتهم قائلين هم أحرار مسلمون فلا شئ عليهم اتفاقا ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بأنهم كانوا مسلمين وانما طرأ كفرهم بعد وان قالوا أخطأنا في ذلك فكذلك لا يضمنون بالاتفاق فلم يبق لصورة الرجوع التي فيها الخلاف الا أن يقولوا تعمدنا فقلنا هم أحرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم ففي هذه الصورة قال أبو حنيفة رحمه الله الدية على المزكين وقال أبو يوسف ومحمد على بيت المال وهو قول الائمة الثلاثة اذا عرف هذا فقول المصنف وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغي بعد قوله اذا رجعوا عن التزكية لانه يوهم أن في صورة الرجوع الخلافية قولين أن رجعوا بهذا الوجه أو باعم منه وليس كذلك (لهما أنهم) لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وهو بالمباشرة أو التسبب وعدم المباشرة ظاهر وكذا التسبب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما (أثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه بالاحصان) فكما لا يضمن شهود الاحصان بعد رجم المشهود عليه به اذا ظهر غير محصن لانهم لم يثبتوا السبب كذلك لا يضمن المزكون (ولابي حنيفة أن الشهادة) بالزنا (انما تصير حجة) موجبة للحكم بالرجم على الحاكم (بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة) للاتلاف لانها موجبة موجبية الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها على ما عرف بخلاف الاحصان فانه ليس موجبا للعقوبة ولا لتغليظها بل الزنا هو الموجب فعند الاحصان يوجبها غليظة لانه كفران نعمة الله فلم تضف العقوبة الى نفس الاحصان الذي هو النعمة بل الى كفران النعمة فكانت الشهادة به شهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة والسبب وضع الكفران في موضع الشكر ثم أفاد المصنف أنه لا يشترط في التزكية لفظ الشهادة بان قالوا نشهد أنهم أحرار الخ بل ذلك أو الاخبار كان يقولوا هم أحرار وكذا لا يشترط مجلس القضاء اتفاقا ثم لا يشترط العدد في المزكى عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد فيشترط الاثنين في سائر الحقوق والاربعة في الزنا ويجوز شهادة رجل وامرأتين في الاحصان ثم لا يحد الشهود حد القذف لانهم قذفوا احياء فماتوا ولا يورث استحقاق حد القذف *واعلم* أنه وقع في المنظومة قوله

على المزكين ضمان من رجم * ان ظهر الشاهد عبدا أو علم
وأوجبا ضمان هذا المتلف * من بيت مال المسلمين فاعرف
وفي المزكين اذا هم رجعوا * كذا وقالوا اعزروا وأوجعوا

(قوله قال وقيل هذا الخ) أقول فلا وجه حينئذ لصيغة التمريض

ولهأن الشهادة انما تصير حجة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بين ما اذا شهدوا بلفظة الشهادة أو أخبروا وهذا اذا أخبروا بالحرية والاسلام أما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية) وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق

وفي المختلف ما يوافق ما في المنظومة لانه قال بعد ذكر الخلاف مطلقا عن قيد الرجوع وعلى هذا الخلاف اذا رجع المزكون قال في المصفى شرح المنظومة وهنا اشكال هائل فانا ان أولنا المسئلة بالرجوع يلزم التكرار وان لم نؤولها بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان ويدل عليه أنه ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير مطلقا كما ذكرهنا وفي الشرح خلافه ثم قال ويحتمل أن يؤول بالرجوع ولا يلزم التكرار لان المسئلة الاولى فيما اذا ظهر الشهود عبيدا ورجع المزكون أيضا والمسئلة الثانية يعني التي في البيت الثالث فيما اذا رجع المزكون فحسب والتفاوت ظاهر اه وعلى هذا فالخلاف في موضعين ما اذا ظهروا عبيدا أو رجعوا وما اذا رجعوا فقط وأما تعزيرهم فباتفاق وقول صاحب المجمع ولو شهدوا فزكوا فرجم ثم ظهر أحدهم عبدا فالضمان على المزكين ان تعمدوا وقالا في بيت المال ولو رجع المزكون عزروا لا يفيد تحقق الخلاف في الضمان في مجرد رجوعهم بل أفاد مجرد الاتفاق على التعزير فالاشكال قائم على صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه وحاصل المجمع اشتراط الرجوع مع الظهور لتحقق الخلاف فلا ينفرد الظهور بالتضمين الخلاف بل الاتفاق أنه في بيت المال كما سيذكر وينفرد رجوع المزكين بالتضمين المختلف فيه أهو عليهم أو على بيت المال وبه يزول الاشكال عنه غير أن من العجب كون مجرد رجوع المزكين موجبا للضمان على الخلاف ولا يذكر في الاصول كالجامع والاصل (قوله واذا شهد أربعة على رجل بالزنا أمر القاضي برجمه الخ) استوفى أقسامها في كافي حافظ الدين فقال ان شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر الامام برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية في الخطا على عاقلته وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وان قضى برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ لا شئ عليه وان قتله عمدا بعد القضاء ثم وجد الشهود عبيدا أو كفارا أو محدودين في قذف فالقياس أن يجب القصاص لانه قتل نفسا محقون الدم عمدا لكنه لما ظهر أن الشهود عبيد تبين أن القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به اذ المأمور به الرجم وهو قد حز رقبته فلم يوافق أمر القاضي ليصير فعله منقولا اليه فبقي مقصورا عليه وفي الاستحسان تجب الدية لان قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر وحين قتله كان القضاء صحيحا فأورث شبهة الاباحة وهذا لانه لو نفذ ظاهرا وباطنا تثبت حقيقة الاباحة فاذا نفذ من وجه دون وجه تثبت شبهة الاباحة بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة يعني فيقتص منه في العمد فصار كمن قتل انسانا على ظن أنه حربي وعليه علامتهم ثم ظهر أنه مسلم فعليه الدية في ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل وما يجب بنفس القتل يجب مؤجلا كالدية بخلاف ما وجب بالصلح عن القود حيث يجب حالا لانه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فأشبه الثمن وما في الكتاب لا يخفى بعد ذلك وقوله (وان رجم) ضبطه الاساتذة بالبناء للفاعل ليرجع ضميره الى الرجل في قوله فضرب رجل عنقه ويطابق قول السرخسي في المبسوط ما في مبسوط شمس الائمة حيث قال فيه وان كان هذا الرجل قتله رجما ثم وجدوا عبيدا تجب الدية في بيت المال (لما ذكرنا) يعني في

وقوله (وله أن الشهادة) ظاهر وقوله (وهذا) يعني وجوب الضمان على قول أبي حنيفة وقوله (لانه لم يقع كلامهم شهادة) فيه نظر لما تقدم ان كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به وقد اتصل به القضاء فما وجه قوله لانه لم يقع كلامهم شهادة والجواب أن القضاء لما ظهر خطؤه بيقين صار كأن لم يكن فلم يتصل القضاء بكلامهم فلم يصر شهادة فان قيل فلم لا تحد الشهود قلت لانهم قذفوا حيا ثم مات فلا يورث عنه واليه الاشارة في الكتاب لا يقال لم لم يجعل قذفا للميت بالحال بطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة) لانا نقول علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة ولم يوجد فان قيل لم لا يكون ظهورهم عبيدا أو مجوسا علة للانقلاب كالرجوع فالجواب أن الانقلاب صيرورة الشهادة قذفا وكلامهم لم يقع شهادة

(قوله لما تقدم ان كلام كل منهم) أقول في رأس الصحيفة

وقوله (وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل) يعنى أن القضاء وجد صورة وصورة قضاء القاضى تكفى لايراث الشبهة لانه لو كان حقيقة كان مبيحا للدم فصورته تكون شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة فى اسقاط الحد ولهذا لا يجب القصاص على الولى اذا جاء المشهود بقتله حيا وقوله (وان رجم) على بناء الفاعل أى الرجل الذى ضرب عنقه لم يضرب به وانما رجمه (ثم وجدوا) أى الشهود (عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل أمر الامام فنقل فعله) أى فعل الراجم (الى الامام ولو باشره) الامام (بنفسه وجبت الدية فى بيت المال لما ذكرنا) أن فعل الجلاد ينتقل الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم (كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر أمره) لانه أمره بالرجم دون حز الرقبة فلم ينتقل فعله اليه قوله (واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر) الى موضع الزنا من الزانيين (قبلت شهادتهم) لما ذكر فى الكتاب وهو واضح وفى الجامع الصغير لشمس الائمة قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لاقرارهم بالفسق على أنفسهم فان النظر الى عورة الغير قصدا فسق وانما تقبل شهادتهم اذا لم يبينوا كيفية النظر لاحتمال أن يكون ذلك وقع اتفاقا لا قصدا ولكنا نقول النظر الى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشاء فى البئر والميل فى المكحلة لا يسعهم أن يشهدوا وقوله (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا) ظاهر وقوله (والاحصان يثبت بمثله) أى بمثل هذا الدليل الذى فيه شبهة ألا ترى أنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا فكذلك ههنا يثبت الدخول الذى هو من شروط الاحصان بالحكم بثبوت النسب وقوله (خلافا لزفر والشافعى فالشافعى مر على أصله وزفر جعل الاحصان شرطا فى معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه

وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فأورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية فى ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد ويجب ذلك فى ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل (وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال) لانه امتثل أمر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه تجب الدية فى بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر أمره (واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم) لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فأشبه الطبيب والقابلة (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم) معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله (فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم) خلافا لزفر والشافعى فالشافعى مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة فى غير الاموال وزفر يقول انه شرط فى معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه

مسئلة الجلاد اذا جرح من قوله ينتقل فعل الجلاد الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم (كذا هذا) أى الرجل القاتل بالرجم بعد أمر القاضى (بخلاف ما اذا ضرب عنقه) ثم ظهروا عبيدا تجب الدية فى ماله كما ذكرنا (لانه لم يأتمر أمره) فلم ينتقل فعله اليه كما ذكرناه آنفا ولهذا يؤدبه على القتل بالسيف ولا يؤدبه هنا لانه لم يخالف (قوله واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر) أى الى فرجيهما (قبلت شهادتهم) وبه قال الشافعى فى المنصوص ومالك وأحمد لانه لضرورة ثبوت القدرة على اقامة الحسبة والنظر الى العورة عند الحاجة لا يوجب فسقا كنظر القابلة والخافضة والختان والطبيب وعد فى الخلاصة مواضع حل النظر الى العورة للضرورة فزاد الاحتقان والبكارة فى العنة والرد بالعيب والمرأة فى حق المرأة أولى وان لم توجد ستر ما وراء موضع الضرورة بخلاف ما لو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لا تقبل اجماعا ونسب الى بعض العلماء أنه لا تقبل شهادتهم الا اذا لم يبينوا كيفية النظر فيحتمل أنه وقع اتفاقا لا قصدا وقلنا ان النظر يباح للحاجة على ما قلنا (قوله واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم) قال المصنف (معناه أنه ينكر الدخول بها بعد وجود سائر الشرائط) أى شرائط الاحصان (لان الحكم) شرعا (بثبوت النسب منه حكم بالدخول) أى يستلزم ذلك (ولذا لو طلقها) طلقة (يعقب الرجعة) ولو كانت غير مدخول بها بانت بالواحدة الصريحة والفرض أنهما مقران بالولد ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت الاحصان فاذا ثبت بشهادة الشرع وباقرارهما أولى وعلى كون المعنى ما ذكر المصنف من أن الفرض وجود سائر شرائط الاحصان يدخل فيه أن بينهما نكاحا صحيحا فاعن الائمة الشافعى ومالك وأحمد من أنه لا يثبت بذلك لاحتمال كونه من دخول لا على وجه الصحة ليس بخلاف لان بفرض أنها امرأته لا يكون من وطء شبهة لغير المنكوحة ولا من نكاح فاسد لان النكاح الفاسد لا يستمر ظاهرا مولدا على وجه الدعة والاستقرار كما يفيده قوله وله امرأة (قوله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه الخ) المقصود من هذه أن الاحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافا لزفر والشافعى ومالك وأحمد الا أن المبنى مختلف فعندهم شهادتهن فى غير الاموال لا تقبل وعند زفر ان

فأشبه حقيقة العلة) ويترتب على ذلك أمران أحدهما ما ذكره في الكتاب أن شهادة النساء لا تقبل فيه والثاني أن شهود الاحصان إذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده على ما سيأتي لأن شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق وقوله (فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي الخ) يعني أن الزاني لو كان عبدا كالذمي وهو مسلم فشهد ذميان أن مولاه الذمي أعتقه قبل الزنا لم يرجم مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة أهل الذمة فهذا مثله وقوله (لما ذكرنا) يعني أن الاحصان شرط في معنى العلة (ولنا أن الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة) بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة (والحال أنه مانع عن الزنا على ما ذكرنا) قبل باب الوطء الذي يوجب الحد فيكون الكل مزجرة وكل ما يكون مانعا عن الزنا لا يكون علة للعقوبة الغليظة (وصار كما إذا شهدوا به) أي بالنكاح (في غير هذه الحالة) يعني لو شهد رجل وامرأتان أن فلانا تزوج هذه المرأة ودخل بها في غير حالة الزنا قبلت شهادتهم فكذلك ههنا (بخلاف ما ذكر) يعني زفر من شهادة الذميين على ذمي أنه أعتق عبده قبل الزنا (لأن العتق) هنالك (يثبت أيضا (بشهادتهما وإنما لا يثبت سبق التاريخ لأنه) تاريخ (ينكره المسلم أو يتضرر به) من حيث إقامة العقوبة الكاملة عليه وما ينكره المسلم أو يتضرر به لا يثبت بشهادة أهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم وقوله (فإن رجع شهود الاحصان لا يضمنون) أحد الأمرين المترتبين على الأصل الذي ذكرناه من قبل والله أعلم

فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا أن الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وإنها مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما إذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لأن العتق يثبت بشهادتهما وإنما لا يثبت سبق التاريخ لأنه ينكره المسلم أو يتضرر به المسلم (فإن رجع شهود الاحصان لا يضمنون) عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم

قبلت إلا أنه يقول الاحصان شرط في معنى العلة والشأن إثبات أنه في معنى العلة ونفيه لأنه المدار فقال لأن تغلظ العقوبة يثبت عنده بخلاف الشرط المحض (فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم) وهو محصن (أنه أعتقه قبل زناه لا تقبل) مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة في غير هذه الحالة (لما ذكرنا) من أنه شرط في معنى العلة فصار كشهادتهم على زناه إذ كان المقصود تكميل العقوبة ولزم من أصله هذا وهو أنه شرط في معنى العلة أنه إذا رجع شهود الاحصان يضمنون عنده وعندنا لا يضمنون إذ كان علامة محضة (ولنا) في نفي أنه في معنى العلة (أن الاحصان) ليس إلا (عبارة عن خصال حميدة) بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح والدخول فيه فلا يتصور كونها سببا للعقوبة ولا سببا لسببه فإن سببها المعصية والاحصان بحسب الوضع مانع من سبب العقوبة لأنه سبب لضد سببها وهو الطاعة والشكر فيستحيل أن تكون في معنى علة الحكم وهو مانع لسببه فالسبب ليس إلا الزنا إلا أنه يختلف الحكم ففي حال الاحصان حكمه الرجم وفي غيره الجلد فكان الاحصان السابق على الزنا معرفا لخصوص الحكم الثابت بالزنا أعني خصوص العقوبة والعلامة المحضة قط لا يكون لها تأثير فلا تكون علة ولا في معناها فكيف يضاف الحكم إليها وظهر أن الواقع أن الاحصان يثبت معه بالزنا عقوبة غليظة وبالشهادة يظهر ما ثبت بالزنا عند الحاكم فلما لم يكن سببا للعقوبة ولا علة جاز أن يدخل في إثباته شهادة النساء كما لو شهدتا مع الرجل بالنكاح في غير هذه الحالة والدخول في غرض آخر كتكميل المهر حتى يثبت احصانه ثم اتفق أنه شهد عليه بالزنا أليس أنه يرجم كذا إذا شهدتا بعد ظهور الزنا به فكما يثبت قبله لعدم كونه سببا كذا بعده وصار كما لو علق عتق عبده بظهور دين لفلان عليه فشهد اثنان بالدين عتق العبد ولا يضاف العتق إلى الشهادة بالدين بل إلى المعلق كذا هنا لا يضاف الرجم بعد الشهادة بالاحصان إلى هذه الشهادة بل إلى الزنا (بخلاف ما ذكر لأن العتق يثبت بشهادة الذميين) على الذمي بشهادتهما عليه بالاعتاق (وإنما لا يعتق بسبق التاريخ لأنه ينكره) العبد (المسلم أو يتضرر به) فلا تنفذ شهادتهما عليه لأنه تتغلظ العقوبة عليه فتصير مائة بعد أن كانت خمسين واستشكل كونه ليس في معنى العلة للحد بأنه لو أقر بالاحصان ثم رجع عنه صح رجوعه كالزنا ولذا تقبل بينة الاحصان حسبة بلا دعوى فيجب أن يشترط في الشهادة به الذكورة كالتزكية عند أبي حنيفة أجيب بأن صحة الرجوع لا تتوقف على كون المقر به علة للعقوبة بل على كون المقر به لا مكذب له فيه إذا رجع عنه ولا مكذب له في سبب الحد بخلاف الاقرار بالدين فإن المقر له يكذبه في رجوعه وإنما صحت الحسبة فيه لأنه من إظهار حق الله تعالى والمانع من شهادة النساء ليس هذا القدر بل كونه سببا لأصل العقوبة حتى ثبتت العقوبة بشهادة الرجال بسببها كان كالشهادة على عتق الأمة تسمع بلا

انما أخر حد الشرب عن حد الزنا لان جريمة الزنا أشد من جريمة شرب الخمر فانه بمنزلة قتل النفس فان الله تعالى قرن ذكره بعبادة الاصنام وقتل النفس حيث قال تعالى والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله الا بالحق ولا يزنون

ولهذا لم يحل فى دين من الاديان وأخر حد القذف عن حد الشرب لما أن جريمة الشرب متيقن بها بخلاف جريمة القذف فان القذف خبر محتمل بين الصدق والكذب ولهذا كان ضرب حد القذف أخف من ضرب حد الشرب اضعف فى ثبوت القذف لجواز أن يكون صادقا فى نسبته الى الزنا فلا يكون قذفا (ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه) أى على الشارب (بذلك) أى بشرب الخمر ووجود الرائحة من باب قوله تعالى عوان بين ذلك (أو شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران فعليه الحد) وظاهره يقتضى أن لا تشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر ولكن الروايات فى الشروح مقيدة بوجود الرائحة فى حق وجوب الحد على شارب الخمر عند أبى حنيفة وأبى يوسف سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة أو بالاقرار

﴿ باب حد الشرب ﴾

(ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد

دعوى عند أبى حنيفة لتضمنه تحريم الفرج ﴿ فروع من المبسوط ﴾ شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الاحصان فشهد رجلان أنه تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها يثبت الاحصان فيرجم وعند محمد لا يثبت فلا يرجم كما لو شهدا أنه قربها أو أتاها فهذا ليس بصريح وهذا لان الدخول يراد به الجماع ويراد به الخلوة ولا يثبت الاحصان بالشك ولهما أن الدخول يراد به الجماع عرفا مستمرا حتى صار يتبادر مع النكاح والتزويج والنساء قال الله تعالى من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فلا اجمال فيه عرفا فكانت كشهادتهم على الجماع ولو شهد أربعة على الزنا بفلانة وأربعة غيرهم شهدوا به بامرأة أخرى فرجم فرجع الفريقان ضمنوا ديته اجماعا وحدوا للقذف عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يحدون لان رجوع كل فريق معتبر فى حقهم لا فى حق غيرهم فصار فى حق كل فريق كأن الفريق الآخر ثابت على الشهادة ولهما أن كل فريق أقر على نفسه بالتزام حد القذف لان كل فريق يقول انه عفيف قتل ظلما وانهم قذفة بغير حق ولو شهد أربعة على رجل بالزنا فأقر مرة به حد عند محمد لان البينة وقعت معتبرة فلا تبطل الا باقرار معتبر والاقرار مرة ههنا كالعدم وعند أبى حنيفة وأبى يوسف لا يحد وهو الاصح لان شرط قبول البينة انكار الخصم وهو مقر ولا حكم لاقراره فبطل الحد ولان الاقرار وان فسد حكما فصورته قائمة فيورث شبهة

﴿ باب حد الشرب ﴾

قدم حد الزنا عليه لان سببه أعظم جرما ولذا كان حده أشد وأخر عنه حد الشرب لتيقن سببه بخلاف حد القذف لان سببه وهو القذف قد يكون صدقا وأخر حد السرقة وان كان أشد لان شرعيته لصيانة أموال الناس وصيانة الانساب والعقل آكد من صيانة المال بقى أنه أخره عن حد القذف لان المال دون العرض فانه جعل وقاية للنفس عن كل ما تكره (قوله ومن شرب الخمر فأخذ) أى الى الحاكم (وريحها موجودة) وهو غير سكران منها ويعرف كونه يحد اذا كان سكران بطريق الدلالة (أو سكران) أى جاؤا به اليه وهو سكران من غير الخمر من النبيذ (فشهد الشهود عليه بذلك) أى بالشرب فى الاول وهو عدم السكر منها وفى الثانى وهو السكر من غيرها (فانه يحد) والشهادة بكل منهما مقيدة بوجود الرائحة فلا بد مع شهادتهما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الريح قائم حال الشهادة وهو بأن يشهدا به وبالشرب أو يشهدا بالشرب فقط فيأمر القاضى باستنكاهه فيستنكه ويخبره بأن ريحها موجود وأما اذا جاؤا به من بعيد فزالت الرائحة فلا بد أن يشهدا بالشرب ويقولا أخذناه وريحها موجود لان مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه فى حال قيام الرائحة فيحتاجون الى ذكر ذلك للحاكم خصوصا بعد ما

﴿ باب حد الشرب ﴾

(قال المصنف ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة) أقول حين الاخذ ولا تمس الحاجة الى وجوده عند الحضور الى مجلس القاضى كما ستعلم عن قريب (قال المصنف أو جاؤا به سكران) أقول الباء للتعدية (قوله ووجود الرائحة من باب قوله تعالى الخ) أقول وسيجىء نظيره فى أوائل باب حد القذف

وكذلك اذا أقر وريحها موجودة) لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه (وان أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يحد) وكذلك اذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها والسكر لم يحد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التأخير يتحقق بمضى الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل

يقولون لى إنكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه

ما حملنا كونه سكران من غير الخمر فان ريح الخمر لا توجد من السكران من غيرها ولكن المراد هذا لان الحد لا يجب عند أبى حنيفة وأبى يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد بالثانى أن يشهدوا بأنه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذى هو غير الخمر (وكذلك) عليه الحد (اذا أقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت) بالبينة والاقرار (ولم يتقادم العهد والاصل فى ثبوت حد الشرب قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه) الى أن قال فان عاد الرابعة فاقتلوه أخرجه أصحاب السنن الا النسائى من حديث معاوية وروى من حديث أبى هريرة اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر الخ قال الترمذى سمعت محمد بن اسمعيل يقول حديث أبى صالح عن معاوية أصح من حديث أبى صالح عن أبى هريرة رضى الله عنه وصححه الذهبى ورواه الحاكم فى المستدرك وابن حبان فى صحيحه والنسائى فى سننه الكبرى ثم نسخ القتل أخرج النسائى فى سننه الكبرى عن محمد بن اسحق عن محمد ابن المنكدر عن جابر مرفوعا من شرب الخمر فاجلدوه الخ قال ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فى الرابعة فجلده ولم يقتله وزاد فى لفظ فرأى المسلمون أن الحد قد وقع وان القتل قد ارتفع ورواه البزار فى مسنده عن ابن اسحق به أنه عليه الصلاة والسلام أتى بالنعمان قد شرب الخمر ثلاثا فأمر به فضرب فلما كان فى الرابعة أمر به فجلد الحد فكان نسخا وروى أبو داود فى سننه قال حدثنا أحمد بن عبدة الضبى حدثنا سفيان قال الزهرى أنبأنا قبيصة بن ذؤيب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فى الثالثة أو الرابعة فاقتلوه فأتى برجل قد شرب فجلده ثم أتى به فجلده ثم أتى به فجلده ورفع القتل وكانت رخصة وقال سفيان حدث الزهرى بهذا الحديث وعنده منصور بن المعتمر ومخول بن راشد فقال لهما كونا وافدى أهل العراق بهذا الحديث اه وقبيصة فى صحبته خلاف واثبات النسخ بهذا أحسن مما أثبته به المصنف فى كتاب الاشربة من قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الحديث فانه موقوف على ثبوت التاريخ نعم يمكن أن يوجه بالنسخ الاجتهادى أى تعارضا فى القتل فرجح النافى له فيلزم الحكم بنسخه فان هذا لازم فى كل ترجيح عند التعارض (قوله وان أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها) أو ذهب السكر من غيرها (لم يحد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه) أى هذا التقادم (مقدر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا) أنه ستة أشهر أو مفوض الى رأى القاضى أو بشهر وهو المختار (وهذا لان التأخير يتحقق بمضى الزمان) بلا شك (بخلاف الرائحة لانها قد تكون من غيره كما قيل

يقولون لى إنكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا)

وانكه بوزن امنع ونكه من بابه أى أظهر رائحة فمه وقال الآخر

سفرجلة تحكى ثدى النواهد * لها عرف ذى فسق وصفرة زاهد

فان عاد فاجلدوه) قيل تمام الحديث فان عاد فاقتلوه وهو متروك العمل به فليكن الباقى كذلك وأجيب بأنه ترك العمل بذلك لمعارض وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث وليس شرب الخمر منها فبقى الباقى معمولا به لعدم المعارض وقوله (فان أقر بعد ذهاب رائحتها) واضح وقوله (غير أنه مقدر بالزمان عنده) أى عند محمد وهو الشهر (اعتبارا بحد الزنا) وقوله (وهذا) يعنى تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة (لان التأخير يتحقق بمضى الزمان) فلا بد من تقدير زمان وأما أن ذلك ستة أشهر أو شهر واحد فيعلم فى موضع آخر (وأما عدم اعتبار الرائحة فلانها محتملة أن تكون من غيرها كما قيل يقولون لى انكه قد شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا) وهذه الرواية وهى رواية المطرزى بكلمة قد وقد روى بدونها وهى رواية الفقهاء فعلى الاولى تسقط همزة الوصل من انكه فى اللفظ وعلى الثانية تحرك بالكسر لضرورة الشعر والمدامة بمعنى المدام وهو الخمر (وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه)

ولان قيام الاثر من أقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال وأما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما فى حد الزنا

فظهر أن رائحة الخمر مما تلتبس بغيرها فلا يناط شئ من الاحكام بوجودها ولا بذهابها ولو سلمنا أنها لا تلتبس على ذوى المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها لان المعقول تقييد قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تتحقق فى الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تأخير الاداء تأخيرا بعد تفريطا وذلك منتف فى تأخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة أجاب المصنف وغيره بما حاصله أن اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود وهو ماروى عبد الرزاق حدثنا سفيان الثورى عن يحيى بن عبد الله التيمى الجابر عن أبى ماجد الحنفى قال جاء رجل بابن أخ له سكران الى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله ترتروه ومزمزوه واستنكهوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم عاد به من الغد ودعا بسوط ثم أمر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة ثم قال للجلاد اجلد وارجع يدك وأعط كل عضو حقه ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبرانى ورواه اسحق بن راهويه أخبرنا جرير عن عبد الحميد عن يحيى بن عبد الله الجابر به ودفع بأن محل النزاع كون الشهادة لا يعمل بها الا مع قيام الرائحة والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت أدائها بل ولا اقرار انما فيه أنه حده بظهور الرائحة بالترترة والمزمزة والمزمزة التحريك بعنف والترترة والتلتلة التحريك وهما بتاءين مثناتين من فوق قال ذو الرمة يصف بعيرا

بعيد مساف الخطو غوج شمردل * تقطع أنفاس المهارى تلاتله

أى حركاته والمساف جمع مسافة والغوج بالغين المعجمة الواسع الصدر ومعنى تقطيع تلاتله أنفاس المهارى أنه اذا باراها فى السير أظهر فى أنفاسها الضيق والتتابع لما يجهدها وانما فعله لان بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التى كانت خفيت وكان ذلك مذهبه ويدل عليه ما فى الصحيحين عن ابن مسعود أنه قرأ سورة يوسف فقال رجل ما هكذا أنزلت فقال عبد الله والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحسنت فبيناهو يكلمه اذ وجد منه رائحة الخمر فقال أتشرب الخمر وتكذب بالكتاب فضربه الحد وأخرج الدارقطنى بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب أنه ضرب رجلا وجد منه ريح الخمر وفى لفظ ريح شراب والحاصل أن حده عند وجود الريح مع عدم البينة والاقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة مع أحدهما ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول للشافعى ورواية عن أحمد والاصح عن الشافعى وأكثر أهل العلم نفيه وما ذكرناه عن عمر يعارض ما ذكر عنه أنه عزر من وجد منه الرائحة ويترجح لانه أصح وان قال ابن المنذر ثبت عن عمر أنه جلد من وجد منه ريح الخمر حدا تاما وقد استبعد بعض أهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى وهو أن الاصل فى الحدود اذا جاء صاحبها مقرا أن يرد أو يدرأ ما استطيع فكيف يأمر ابن مسعود بالمزمزة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيحده فان صح فتأويله أنه كان رجلا مولعا بالشراب مدمنا عليه فاستجاز ذلك فيه وأما قوله (ولان قيام الرائحة من أقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار القرب) ثم أجاب عما يتوهم من أن الرائحة مشتبهة بقوله (والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال) فليس بمفيد لان كونه دليلا على القرب لا يستلزم انحصار القرب فيها ليلزم من انتفائها ثبوت البعد والتقادم لان القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هى عند قيام الرائحة لان ذلك عين المتنازع فيه وهو المانع فقوله بعده وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ان أراد ان اعتبار القرب بالرائحة فهو محل النزاع فقول محمد هو الصحيح (قوله وأما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما فى حد الزنا)

(ولان) المعتبر فى ذلك القرب و (قيام الاثر) وهو الرائحة (من أقوى الدلائل على القرب) وقوله (وانما يصار الى التقدير بالزمان) جواب عن الاعتبار بالزمان أى انما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار الاثر وقوله (والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل) جواب عن قوله والرائحة قد تكون من غيره هذا بالنسبة الى الاثبات بالبينة (وأما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما فى حد الزنا

على ماهو تقريره) أن الانسان لايكون متهما بالنسبة الى نفسه (وعندهما لايقام الحد الاعند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ماروينا) يعنى قوله فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وفيه نظر لان الاجماع انعقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود ولكن لادليل على أن الشرط الذى شرطه ابن مسعود وهو قيام الرائحة أجمع عليه الباقون وأيضا كلام ابن مسعود شرطية والشرطية تفيد الوجود عند الوجود لاغير وجواب الامام فخر الاسلام بان العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط بل من انتفاء المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا أولا وأيضا ذكر فى أول الباب أنه ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقال ههنا إنه ثابت باجماع الصحابة وهما متنافيان وأيضا اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه وقوله (وريحها توجد منه) ظاهر قال (ومن سكر من النبيذ حد) النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر ومايتخذ من الزبيب شيآن نقيع ونبيذ فالنقيع أن ينقع الزبيب فى الماء ويترك أياما حتى تخرج حلاوته الى الماء ثم

يطبخ أدنى طبخ فمادام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم وأما النبيذ فهو الذى من ماء الزبيب اذا طبخ أدنى طبخ يحل شربه مادام حلوا فاذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول أبى حنيفة وقول أبى يوسف الآخر يحل شربه مادون السكر وعند محمد والشافعى لايحل شربه ومايتخذ من التمر ثلاثة السكر والفضيخ والنبيذ فالنبيذ هو ماء التمر اذا طبخ أدنى طبخ يحل شربه فى قولهم مادام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند أبى حنيفة وأبى يوسف يحل شربه للتداوى والتقوى الا القدح المسكر وقال محمد والشافعى لايحل واختلفوا فى وجوب الحد وسيجىء بيانه فى الاشربة وأما الكلام فى حد السكر ومقدار حده فسيذكر ان شاء الله تعالى

على ماهو تقريره وعندهما لايقام الحد الاعند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ماروينا (فان أخذه الشهود وريحها توجد منه أوسكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد فى قولهم جميعا) لان هذا عذر كبعد المسافة فى حد الزنا والشاهد لايتهم فى مثله (ومن سكر من النبيذ حد) لماروى أن عمر أقام الحد على أعرابى سكر من النبيذ وسنبين الكلام فى حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى

لايبطل الاقرار بالتقادم اتفاقا (على ماهو تقريره) من أن البطلان للتهمة والانسان لايتهم على نفسه (وعندهما لايقام الحد) على المقر بالشرب (الا) اذا أقر (عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة) رضى الله عنهم (ولا اجماع الا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ماروينا) يعنى أنه لم ينقل بالحد الا اذا كان مع الرائحة فيبقى انتفاؤه فى غيرها بالاصل لامضافا الى لفظ الشرط وأما اضافة ثبوته الى الاجماع بعد قوله والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام الخ فقيل لانه من الآحاد وبمثله لايثبت الحد والاجماع قطعى ولايخفى أن هذا مذهب الكرخى فأما قول الجصاص وهو قول أبى يوسف فيثبت الحد بالآحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجح فان كان المصنف يرى أنه لايثبت به أشكل عليه جعله اياه أولا الاصل وان لم يره أشكل نسبة الاثبات الى الاجماع وأنت علمت أنه انما ألزم قيامها عند الحد بلا اقرار ولا بينة كما هو ظاهر ماقدمناه فان ادعى ان ذلك كان مع اقراره فليبين فى الرواية وفى نوادر ابن سماعة عن محمد قال هذا أعظم عندى من القول أن يبطل الحد بالاقرار وأنا أقيم عليه الحد وان جاء بعد أربعين عاما (قوله فان أخذه الشهود وريحها توجد منه أوسكران) من غيرها وريح ذلك الشراب يوجد منه (وذهبوا به الى مصر فيه الامام) أو مكان بعيد (فانقطع ذلك) أى الريح (قبل أن ينتهوا به) اليه (حد فى قولهم جميعا) لان التأخير الى انقطاعها للعذر بعد المسافة فلا يتهم فى هذا التأخير والاصل ان قوما شهدوا عند عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله الى المدينة فأقام عليه الحد (قوله ومن سكر من النبيذ حد) فالحد انما يتعلق فى غير الخمر من الانبذة بالسكر وفى الخمر بشرب قطرة واحدة وعند الائمة الثلاثة كل ما أسكر كثيره حرم قليله وحد به لقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر رواه

(قوله ولكن لادليل على أن الشرط الذى شرطه ابن مسعود) أقول شرط ابن مسعود قيام الرائحة ولم ينقل عن غيره خلافه فحل محل الاجماع ويقرب منه ماذكروا فى باب الشهادة على الشهادة فى وجه الاستدلال بماروى عن على رضى الله عنه على كفاية الاثنين فى الشهادة على شهادة رجلين عندنا فراجعه (قوله وأيضا ذكر فى أول الباب الخ) أقول ذكره فى أول الباب ليس الا لكونه سند الاجماع الذى ثبت به الحد لالكونه مما ثبت به الحد ابتداء فانه لما تمكنت فيه الشبهة بالتخصيص لم يجز ايجاب الحد به وقوله والاصل فيه لايبعد أن يكون منبها على ماذكرنا فليتنبه (قوله وأيضا اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه) أقول وجوابه انه خص منه الشرب اضطرارا أو اكراها فتمكنت فيه الشبهة فلا يصح ايجاب الحد به كذا فى الكافى ويجوز أن يقال أيضا لما خص منه ماذكر يجوز أن يخص مازال رائحته بالقياس

مسلم فهذان مطلوبان ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسماع أما السماع فتارة بالاستدلال على
أن اسم الخمر لغة لكل ما خامر العقل وتارة بغير ذلك فمن الاول ما فى الصحيحين من حديث ابن عمر نزل
تحريم الخمر وهى من خمسة العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير وما فى مسلم عنه عليه الصلاة
والسلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفى رواية أحمد وابن حبان فى صحيحه وعبد الرزاق وكل خمر
حرام وأما ما يقال من أن ابن معين طعن فى هذا الحديث فلم يوجد فى شئ من كتب الحديث وكيف له
بذلك وقد روى الجماعة الا البخارى عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر من
هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وفى الصحيحين من حديث أنس كنت ساقى القوم يوم حرمت الخمر وما
شرابهم الا الفضيخ البسر والتمر وفى صحيح البخارى قول عمر رضى الله عنه الخمر ما خامر العقل واذا ثبت
عموم الاسم ثبت تحريم هذه الاشربة بنص القرآن ووجوب الحد بالحديث الموجب ثبوته فى الخمر لانه
مسمى الخمر لكن هذه كلها محمولة على التشبيه بحذف أداته فكل مسكر خمر كزيد أسد أى فى حكمه وكذا
الخمر من هاتين أو من خمسة هو على الادعاء حين اتحد حكمها بها جاز تنزيلها منزلتها فى الاستعمال ومثله
كثير فى الاستعمالات اللغوية والعرفية تقول السلطان هو فلان اذا كان فلان نافذ الكلمة عند السلطان
ويعمل بكلامه أى المحرم لم يقتصر على ماء العنب بل كل ما كان مثله من كذا وكذا فهو هو لا يراد الا الحكم
ثم لا يلزم فى التشبيه عموم وجهه فى كل صفة فلا يلزم من هذه الاحاديث ثبوت الحد بالاشربة التى هى
غير الخمر بل يصح الحمل المذكور فيها بثبوت حرمتها فى الجملة إما قليلها وكثيرها أو كثيرها المسكر منها
وكون التشبيه خلاف الاصل يجب المصير اليه عند الدليل عليه وهو أن الثابت فى اللغة (١) من تفسير
الخمر بالنئ من ماء العنب اذا اشتد وهذا مالا يشك فيه من تتبع مواقع استعمالاتهم ولقد يطول الكلام
بايراده ويدل على ان الحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر رضى الله عنهما حرمت الخمر
وما بالمدينة منها شئ أخرجه البخارى فى الصحيح ومعلوم أنه انما أراد ماء العنب لثبوت أنه كان بالمدينة
غيرها لما ثبت من قول أنس وما شرابهم يومئذ أى يوم حرمت الا الفضيخ البسر والتمر فعرف أن ما أطلق
هو وغيره من الحمل لغيرها عليها هو كان على وجه التشبيه وأما الاستدلال بغير عموم الاسم لغة فمن
ذلك ما روى أبو داود والترمذى من حديث عائشة عنه عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام وما أسكر
الفرق منه فملء الكف منه حرام وفى لفظ للترمذى فالحسوة منه حرام قال الترمذى حديث حسن
ورواه ابن حبان فى صحيحه وأجود حديث فى هذا الباب حديث سعد بن أبى وقاص أنه عليه الصلاة
والسلام نهى عن قليل ما أسكر كثيره أخرجه النسائى وابن حبان قال المنذرى لانه من حديث محمد بن
عبد الله بن عمار الموصلى وهو أحد الثقات عن الوليد بن كثير وقد احتج به الشيخان عن الضحاك بن عثمان
وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الاشج عن عامر بن سعد بن أبى وقاص وقد احتج بهما الشيخان
وحينئذ فجوابهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح وكذا حمله على ما به حصل السكر وهو القدح الاخير لان
صريح هذه الروايات القليل وما أسند الى ابن مسعود كل مسكر حرام قال هى الشربة التى أسكرتك
أخرجه الدارقطنى ضعيف فيه الحجاج بن أرطاة وعمار بن مطر قال وانما هو من قول ابراهيم يعنى النخعى
وأسند الى ابن المبارك أنه ذكر له حديث ابن مسعود هذا فقال حديث باطل على أنه لو حسن عارضه
ما تقدم من المرفوعات الصريحة الصحيحة فى تحريم قليل ما أسكر كثيره ولو عارضه كان المحرم مقدما
وما روى عن ابن عباس من قوله حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب فانه لم يسلم
نعم هو من طريق جيدة هى عن أبى عون عن ابن شداد عن ابن عباس حرمت الخمر بعينها والمسكر
من كل شراب وفى لفظ وما أسكر من كل شراب قال وهذا أولى بالصواب من حديث ابن شبرمة فهذا
انما فيه تحريم الشراب المسكر واذا كانت طريقه أقوى وجب أن يكون هو المعتبر ولفظ السكر

(١) من تفسير هكذا فى النسخ ولعل لفظ من زائد من الناسخ كما هو ظاهر كذا بهامش نسخة العلامة البحراوى كتبه مصححه

تصحيف

تضعيف ثم لو ثبت ترجح المنع السابق عليه بل هذا الترجيح في حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل الا بسماع أو بقياس نهم قيسونه بجامع كونه مسكرا ولاصحابنا فيه منع خصوصا وعموما أما خصوصا فنعوا أن حرمة الخمر معللة بالاسكار وذكروا عنه عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر بعينها والسكر الخ وفيه ماعلمت ثم قوله بعينها ليس معناه ان علة الحرمة عينها بل ان عينها حرمت ولذا قال في الحديث قليلها وكثيرها والرواية المعروفة فيه بالباء لا باللام ولو كان المراد ماذكرنا وهذا هو مراد المصنف بماذكر في الاشربة من نفي تعليلها بالاسكار لانه لم يذكره الا لنفي ان حرمتها مقيدة باسكارها أي لو كانت العلة الاسكار لم يثبت تحريم حتى تثبت العلة وهي الاسكار أو مظنته من الكثير لأن حرمتها ليست معللة أصلا بل هي معللة بأنه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره وان كان القدوري مصرا على منع التعليل أصلا ونقض رحمه الله هذه العلة بان الطعام الذي يضر كثيره لا يحرم قليله وان كان يدعو الى كثيره لكن المصنف ذكر في كتاب الاشربة مايفيد ماذكرنا فانه قال في جواب الحاق الشافعي حرمة المثلث العنبي بالخمر وانما يحرم قليله لانه يدعو الى كثيره لرقته ولطافته والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء ولا يخفى بعد هذا أن اعتبار دعاية القليل الى الكثير في الحرمة ليس الا لحرمة السكر ففي التحقيق الاسكار هو المحرم بابلغ الوجوه لانه الموقع للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة واتيان المفاسد من القتل وغيره كما أشار النص الى عليتها ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لان الحد لا يثبت بالقياس عندهم وهو ماذكرنا من المنع على العموم وإذن فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر ولكن ثبت بالسكر منه باحاديث منها ماقدمناه من حديث أبي هريرة فاذا اسكر فاجلدوه الحديث فلو ثبت به حل مالم يسكر لكان بمفهوم الشرط وهو منتف عندهم فموجبه ليس الا ثبوت الحد بالسكر ثم يجب أن يحمل على السكر من غير الخمر لان حمله على الاعم من الخمر ينفي فائدة التقييد بالسكر لان في الخمر يحد بالقليل منها بل يوهم عدم التقييد بغيرها أنه لا يحد منها حتى يسكر واذا وجب حمله على غيرها صار الحد منتفيا عند عدم السكر به بالاصل حتى يثبت مايخرجه عنه ومنها ماروى الدارقطني في سننه أن اعرابيا شرب من اداوة عمر نبيذا فسكر به فضربه الحد فقال الاعرابي انما شربته من إداوتك فقال عمر انما جلدناك على السكر وهو ضعيف بسعيد بن ذي لعوة ضعف وفيه جهالة وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن حسان بن مخارق قال بلغني أن عمر بن الخطاب ساير رجلا في سفر وكان صائما فلما أفطر أهوى الى قربة لعمر معلقة فيها نبيذ فشربه فسكر فضربه عمر الحد فقال انما شربته من قربتك فقال له عمر انا جلدناك لسكرك وفيه بلاغ وهو عندي انقطاع وأخرج الدارقطني عن (١) عمران بن داور عن خالد بن دينار عن أبي اسحق عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد سكر من نبيذ تمر فجلده وعمران بن داور بفتح الواو فيه مقال وروى الدارقطني في سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبي أن رجلا شرب من إداوة علي رضي الله عنه بصفين فسكر فضربه الحد ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن مجالد عن الشعبي عن علي بنحوه وقال فضربه ثمانين وروى ابن أبي شيبة حدثنا عبد الله ابن نمير عن حجاج عن أبي عون عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس قال في السكر من النبيذ ثمانون فهذه وان ضعف بعضها فتعدد الطرق ترقيه الى الحسن مع أن الاجماع على الحد بالكثير فان الخلاف انما هو في الحد بالقليل غير أن هذه الادلة كما ترى لا تفصل بين نبيذ ونبيذ والمصنف قيد وجوب الحد بقوله (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد) فقد ذكروا أن ما يتخذ من الحبوب كلها والعسل يحل شربه عند أبي حنيفة يعني اذا شرب منها من غير لهو ولا طرب فلا يحد بالسكر منها عنده ولا يقع طلاقه اذا طلق وهو سكران منها كالنائم الا أن المصنف

(١) عمران بن داور هكذا هو في بعض النسخ داور بالالف قبل الواو المفتوحة ومثله في خلاصة أسماء الرجال وماوقع في بعض النسخ من تقديم الواو على الالف تحريف فليعلم كتبه مصححه

وقوله (ولاحد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) يعني اذا لم يشاهد منه الشرب (لان الرائحة محتملة) فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله وهو قوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل أجيب بأن الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء أو التمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه وأقول والجواب الثاني أحسن لاشتماله على تفسير المستدل فانه يدل على أن المستدل (١٨٤) هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل هو من ليس معه ذلك ويجوز أن يكون قوله لان الرائحة محتملة على مذهب محمد وقوله (وكذا الشرب قد يقع عن اكراه أو اضطرار) على قولهما (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك) والذي ذكره من اباحة البنج موافق لعامة الكتب خلا رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي فانه استدل على حرمة الاشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها وقال السكر من هذه الاشربة حرام بالاجماع لان السكر من البنج حرام مع أنه مأكول فمن المشروب أولى كذا ذكره صاحب النهاية وليس بصحيح لان رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي تدل على أن السكر الحاصل من البنج حرام لا على أن البنج حرام

(ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه أو اضطرار (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا) لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد

في كتاب الاشربة قال وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح أنه يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة أنه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا اهـ وهو قول محمد فقد صرح باطلاق قوله هنا لان السكر من المباح لا يوجب حدا غير المختار ورواية عبد العزيز عن أبي حنيفة وسفيان أنهما سئلا فيمن شرب البنج فارتفع الى رأسه وطلق امرأته هل يقع قالا ان كان يعلمه حين شربه ما هو يقع (قوله ولا حد على من وجد به ريح الخمر أو تقيأها لان الرائحة محتملة) فلا يثبت بالاحتمال ما يندرئ بالشبهات (وكذا الشرب قد يكون عن اكراه) فوجودهما في القيء لا يدل على الطواعية فلو وجب الحد وجب بلا موجب وأورد عليه أنه قال من قريب والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل فقطع الاحتمال وهنا عكس قال المورد وتكلف بعضهم في توجيهه يريد به صاحب النهاية بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء قال ولقائل أن يقول اذا كان التمييز يحصل بالاستدلال فاذا استدل على الوجه المذكور في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة فينبغي أن يحد حينئذ ولم يقل به أحد ونقل أيضا عنه أن التمييز لمن يعاينه ونظر فيه بان من عاين الشرب يبني على يقين لا على استدلال وتخمين وصاحب الهداية أثبت التمييز في صورة الاستدلال لا في صورة العيان اهـ فبقي الاشكال بحاله ولا يخفى ان المراد معاينة الشرب والاستدلال لا ينافيه لان المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على أنه خمر بالرائحة فيكون المصنف جعل التمييز يفيده الاستدلال لا ينافي حالة العيان أي عيان الشرب ثم لا شك ان كون الشئ محتملا لا ينافي أن يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة ما فلا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه بل جاز أن يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله انه قطع الاحتمال حيث ذكر انه يمكن التمييز بالاستدلال ولا شك أن المنظور اليه والمقصود في الموضعين ثبوت طريق الدرء أما الموضع الثاني وهو عدم الحد بوجود الرائحة والتقيؤ فظاهر وطريقه أنه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لان الرائحة محتملة وان استدل عليها فان فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها وأما في الموضع الاول فلا شك ان في اثبات اشتراط عدم التقادم لقبول البينة والاقرار درأ كثيرا واسعا ولا يمكن اثبات هذا الطريق الكائن للدرء الا باعتبار امكان تمييز رائحة الخمر من غيرها فحكم باعتبار التمييز بالاجتهاد في الاستدلال وان كان ملزوما لشبهة النفي ليتمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للدرء لانه لو لم يعتبر التمييز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والاقرار معمولا بهما في أزمنة كثيرة متأخرة بلا رائحة فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود وحين اشترط ذلك وصحت طريقه مع الشبهة والاحتمال فظهر ان كلا صحيح في موضعه فدرء الحد في مجرد الرائحة والقيء للاحتمال وردت الشهادة بلا رائحة اذ

(قوله فان قيل الخ) أقول السؤال مع الجواب في النهاية (قوله والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء) أقول وليس الاستقصاء مأمورا به في الحدود وأما اذا شهدوا على الشرب فيجوز الاستقصاء لا صونا للحجة الشرعية عن البطلان كما سبق نظيره في باب الشهادة على الزنا وكذا الحال في الاقرار وبه حصل الجواب عما أورده الاتقاني (قوله وأقول والجواب الثاني أحسن الى قوله على مذهب محمد) أقول فيه رد على الاتقاني (قال المصنف لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك) أقول سيجيء من المصنف في كتاب الاشربة ان الاصح أنه يحد فيما يتخذ من الحبوب والعسل

(ولا يحد حتى يزول عنه السكر) تحصيلا لمقصود الانزجار (وحد الخمر والسكر فى الحر ثمانون سوطا) لاجماع الصحابة رضى الله عنهم

لا يمكن التمييز الا مع الاحتمال (قوله ولا يحد) السكران (حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار) وهذا باجماع الائمة الاربعة لان غيبوبة العقل وغلبة الطرب والشرح يخفف الالم حتى حكى لى ان بعض المتصابين استدعوا انسانا ليفحكوا عليه بأخلاط ثقيلة لزجة بركبتيه لا يقلهما الا بكلفة ومشقة فلما غاب على عقله ادعى القوة والاقدام فقال له بعض الحاضرين ممازحا البس بحيح والافضع هذه الجمرة على ركبتك فأقدم ووضعها حتى أكلت ماهنالك من لحمه وهو لا يلتفت حتى طفئت أو أزالها بعض الحاضرين الشك منى فلما أفاق وجد مابه من جراحة النار البالغة وورمت ركبته ومكث بها مدة الى أن برأت فعادت بذلك الكى البالغ فى غاية الصحة والنظافة من الاخلاط وصار يقول ليتها كانت فى الركبتين ثم لم يستطع أصلا فى حال صحوه أن يفعل مثل ذلك بالاخرى ليستريح من ألمها ومنظرها واذا كان كذلك فلا يفيد الحد فائدته الا حال الصحو وتأخير الحد لعذر جائز (قوله وحد الخمر والسكر) أى من غيرها (ثمانون سوطا) وهو قول مالك وأحمد وفى رواية عن أحمد وهو قول الشافعى أربعون الا أن الامام لو رأى أن يجلده ثمانين جاز على الاصح واستدل المصنف على تعين الثمانين باجماع الصحابة روى البخارى من حديث السائب بن يزيد قال كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وإمرة أبى بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا ونعالنا وأرديتنا حتى كان آخر امرة عمر فجلد أربعين حتى اذا عتوا أو فسقوا جلد ثمانين وأخرج مسلم عن أنس بن مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم جلد فى الخمر بالجريد والنعال ثم جلد أبو بكر أربعين فلما كان عمر ودنا الناس من الريف والقرى قال ماترون فى جلد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف أرى أن تجعلها ثمانين كأخف الحدود قال فجلد عمر ثمانين وفى الموطأ أن عمر استشار فى الخمر يشربها الرجل فقال له على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه نرى أن تجلده ثمانين فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون وعن مالك رواه الشافعى ولا مانع من كون كل من على وعبد الرحمن بن عوف أشار بذلك فروى الحديث مرة مقتصرا على هذا ومرة على هذا وأخرج الحاكم فى المستدرك عن ابن عباس ان الشرب كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالايدى والنعال والعصى حتى توفى فكان أبو بكر يجلدهم أربعين حتى توفى الى أن قال فقال عمر ماذا ترون فقال على رضى الله عنه اذا شرب الخ وروى مسلم عن أنس قال أتى النبى صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الاربعين وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف أخف الحدود ثمانون فأمر به عمر فيمكن بجريدتين متعاقبتين بأن انكسرت واحدة فأخذت أخرى والا فهى ثمانون ويكون بما رأى عليه الصلاة والسلام فى ذلك الرجل وقول الراوى بعد ذلك فلما كان عمر استشار الخ لا ينافى ذلك فان حاصله أنه استشارهم فوقع اختيارهم على تقدير الثمانين التى انتهى اليها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أن قوله وفعله أبو بكر بعده والازم أن أبا بكر جلد ثمانين وما تقدم مما يفيد أن عمر هو الذى جلد الثمانين بخلاف أبى بكر والله أعلم وقد أخرج البخارى ومسلم عن على رضى الله عنه أنه قال ما كنت أقيم على أحد حدا فيموت فيه فأجد منه فى نفسى الا صاحب الخمر فانه ان مات وديته لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه والمراد لم يسن فيه عددا معينا والا فهو لم قطعا أنه أمر بضربه فهذه الاحاديث تفيد أنه لم يكن مقدرا فى زمنه عليه الصلاة والسلام بعدد معين ثم قدره أبو بكر وعمر بأربعين ثم اتفقوا على ثمانين وانما جاز لهم أن يجمعوا على تعينه والحكم المعلوم منه عليه الصلاة والسلام عدم تعينه لعلمهم بأنه عليه الصلاة والسلام انتهى الى هذه الغاية فى ذلك الرجل لزيادة فساد فيه ثم رأوا أهل الزمان تغيروا الى نحوه أو أكثر على ما تقدم من قول السائب حتى اذا عتوا وفسقوا وعلموا أن الزمان كلما تأخر كان فساد أهله أكثر فكان ما أجمعوا عليه هو ما كان حكمه عليه الصلاة والسلام

وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح ولا تنافى بينهما (وحد الخمر) وحد (السكر) من غير الخمر (فى الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رضى الله عنهم

(قوله وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح الخ) أقول النبيذ أيضا مباح فما الفرق الا أن يقال مراده بالمباح ما أجمعوا على اباحته وليس النبيذ كذلك

يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ماص) فيه أنه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والرأس والفرج (ثم يجرد) عن ثيابه (في المشهور من الرواية وعن محمد أنه لا يجرد عن ثيابه اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به) أي بالحد (نص) قاطع أو بالتجريد (ووجه المشهور انا أظهرنا التخفيف مرة) يعني من حيث العدد حيث لم نجعله مائة كما في الزنا (فلا يعتبر ثانيا) وفيه بحث من وجهين الاول أنه ليس لأحد من المجمعين التصرف في المقدرات الشرعية والثاني أن الثمانين تغليظ لا تخفيف لانه روي أنهم ضربوا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالاكمام و بالايدي وغير ذلك ثم جلد أبو بكر أربعين ثم جلد عمر أربعين فالتقدير بعد ذلك بثمانين تغليظ لا تخفيف والجواب أن قوله انا أظهرنا

التخفيف كلام عن لسان المجتهدين والتخفيف انما هو باعتبار أن الله تعالى جاز له أن يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا اذ هو الفاعل المختار وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفا منه ولما جعله الصحابة معتبرا بحد المفتري ظهر التخفيف فلم يقدروا بشئ وانما أظهروا التخفيف الذي كان ثابتا بترك التنصيص واليه أشار بقوله أظهرنا التخفيف ولله در لطائفه وقوله (ومن أقر بشرب الخمر والسكر) بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد وقيل السكر كل شراب مسكر (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف وزفر يثبت باقراره مرتين في مجلسين اعتبارا لعدد الاقرار بعدد الشهود (وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هنالك ان شاء الله تعالى)

(قوله نص قاطع) أقول

يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ماص) ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد أنه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا (وان كان عبدا فحده أربعون سوطا) لان الرق منصف على ما عرف (ومن أقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد) لانه خالص حق الله تعالى (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين و) يثبت (بالاقرار مرة واحدة) وعن أبي يوسف أنه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هنالك ان شاء الله

في أمثالهم وأما ما روي من جلد على أربعين بعد عمر فلم يصح وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشي قال شهدت عثمان بن عفان رضي الله عنه وقد أتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد أنه رآه يشربها وشهد الآخر انه رآه يتقيؤها فقال عثمان انه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلي أقم عليه الحد فقال علي للحسن أقم عليه الحد فقال ول حارها من تولى قارها فقال علي لعبد الله بن جعفر أقم عليه الحد فأخذ السوط وجلده وعلي يعد الى أن بلغ أربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب الي (قوله يفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا) ونقل من قول ابن مسعود رضي الله عنه للضارب أعط كل ذي عضو حقه يعني ما خلا الوجه والرأس والفرج وعند أبي يوسف يضرب الرأس أيضا وتقدم (قوله ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد أنه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص وجه المشهور أنا أظهرنا) أي الشرع أظهر (التخفيف مرة) بنقصان العدد (فلا يعتبر ثانيا) بعدم التجريد والاقارب المقصود من الانزجار الفوات وتقدم له مثله في الطهارة حيث قال في جواب تخفيفهما الروث والخثي للضرورة قلنا الضرورة قد أثرت في النعال مرة فتكفي مؤنتها أي فلا تخفف مرة أخرى وله ضده في الصلاة حيث قال في تخفيف القراءة للمسافر ولان السفر قد أثر في اسقاط شطر الصلاة فلأن يؤثر في تخفيف القراءة أولى وتقدم هنالك الجمع بينه وبين ما في الطهارة أن لا ملازمة بين نفي التخفيف ثانيا وجوده أولا من حيث هو وجوده والمعول عليه في كل موضع الدليل وعدمه (قوله وان كان عبدا فحده أربعون على ما عرف) من أن الرق مؤثر في تنصيف النعمة والعقوبة فاذا قلنا ان حد الحر ثمانون قلنا ان حد العبد أربعون ومن قال حد الحر أربعون قال حد العبد عشرون (قوله ومن أقر بشرب الخمر والسكر) بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد (ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى) ولا مكذب له في الرجوع عنه فيقبل ولا يصح ضم سينه لان اقراره بالسكر من غير الخمر أما في حال سكره فلا يعتبر اقرار السكران كما سيأتي أو بعده ولا يعتبر التقادم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه (قوله ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن أبي يوسف أنه يشترط الاقرار مرتين) وقوله (سنبينها هنالك) أي سنبين هذه المسئلة في الشهادات

قوله قاطع احتراز من قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فانه خبر الواحد (قوله والجواب أن قوله انا أظهرنا الى قوله عن لسان المجمعين) أقول الاجماع لا ينسخ به فكيف يستقيم الاجماع على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولا (قوله فلم يقدروا بشئ) أقول أي من عند أنفسهم (قال المصنف ومن أقر بشرب الخمر والسكر) أقول والسكر بفتحتين نقيع التمر اذا غلا ولم يطبخ كذا فسره الناطفي في الاجناس وقال في الجمهرة والسكر كل شراب أسكر وفي ديوان الادب السكر خمر النبيذ وقال في المجمل السكر شراب وقال في المغرب السكر عصير العنب اذا اشتد والمراد هنا ما قال الناطفي كذا في غاية البيان وقال وانما خصه بالذكر مع أن الحكم في سائر الاشربة المحرمة كذلك حيث يصح رجوعه لانه الغالب في بلادهم

قال (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) فى حد الشرب أيضا (لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان) يشير الى ذلك كله قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان الى قوله أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استشهاد النساء فى الموضع الذى جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم (والسكران الذى يحد هو الذى لا يعقل منطقا الا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) هذا لفظ الجامع الصغير وليس فيه بيان الخلاف قال المصنف (وهذا عند أبى حنيفة وقالا هو الذى يهذى ويختلط كلامه) أى يكون غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران (لانه السكران فى العرف واليه) أى الى قولهما (مال أكثر المشايخ) وعن ابن الوليد قال سألت أبا يوسف عن السكران الذى يجب عليه الحد قال أن يستقرأ قل يا أيها الكافرون ولا يقدر عليه فقلت له كيف عنت هذه السورة وربما أخطأ فيها الصاحى قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها وحكى أن أئمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة (ولابى حنيفة أن الحدود يؤخذ فى أسبابها بأقصاها درأ للحد ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التميز بين شئ وشئ وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو) يعنى أنه اذا كان يميز بين الاشياء عرفنا أنه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلا يكون ذلك نهاية فى السكر وفى النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات ولهذا وافقهما فى السكر الذى يحرم عنده القدح المسكر أن المعتبر فيه هو اختلاط الكلام لان اعتبار النهاية فيما يندرئ بالشبهات والحل والحرمة يؤخذ بالاحتياط وهذا معنى قوله (والمعتبر فى القدح المسكر فى حق الحرمة ما قالاه بالاجماع أخذا بالاحتياط) لانه لما اعتقد حرمة القدح الذى يلزم الهذيان واختلاط الكلام عنده يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو الادنى فى حد السكر كان ممتنعا عن الاعلى فيه وهو ما قاله أبو حنيفة وقوله (وهذا) أى ظهور الاثر فى مشيته (مما يختلف) فان السكران ربما لا يتمايل فى مشيته والصاحى ربما يزلق أو يعثر فى مشيته فيرى التمايل منه فلا يكون دليلا

(ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان (والسكران الذى يحد هو الذى لا يعقل منطقا الا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) قال العبد الضعيف (وهذا عند أبى حنيفة وقالا هو الذى يهذى ويختلط كلامه) لانه هو السكران فى العرف واليه مال أكثر المشايخ وله أنه يؤخذ فى أسباب الحدود بأقصاها درأ للحد ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التميز بين شئ وشئ وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر فى القدح المسكر فى حق الحرمة ما قالاه بالاجماع أخذا بالاحتياط والشافعى يعتبر ظهور أثره فى مشيته وحركاته وأطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره

(ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) ولا نعلم فى ذلك خلافا (لان فيها) أى فى شهادة النساء (شبهة البدلية) لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فاعتبرها عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقته بالاجماع لانهما لو شهدتا مع رجل مع امكان رجلين صح اجماعا (و) فيه (تهمة الضلال) لقوله تعالى أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى فى الكشاف أن تضل أى لا تهتدى للشهادة وفى التيسير الضلال هنا النسيان وقوله فتذكر احداهما الاخرى أى تزيل نسيانها (قوله والسكران الذى يحد) لسكره من غير الخمر عند أبى حنيفة (هو الذى لا يعقل منطقا الا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) زاد فى الفوائد الظهيرية ولا الارض من السماء (وقالا هو الذى يهذى ويخلط) وبه قال الائمة الثلاثة ولما لم يذكر الخلاف فى الجامع الصغير ذكره المصنف والمراد أن يكون غالب كلامه هذيانا فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحاة فى اقراره بالحدود وغير ذلك لان السكران فى العرف من اختلط كلامه جده بهزله فلا يستقر على شئ (واليه مال أكثر المشايخ) واختاروه للفتوى لان المتعارف اذا كان يهذى يسمى سكران وتأيد بقول على اذا سكر هذى (ولابى حنيفة أنه يؤخذ فى أسباب الحدود بأقصاها درأ) بدليل الالزام فى شهادة الزنا أن يقول كالميل فى المكحلة وفى السرقة بالاخذ من الحرز التام لان فيما دون ذلك شبهة الصحو فيندرئ الحد وأما فى ثبوت الحرمة فما قالا فاحتاط فى أمر الحد وفى الحرمة وانما اختاروا للفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك أنه حيث قال يؤخذ فى أسباب الحدود بأقصاها فقد سلم أن السكر يتحقق قبل الحالة التى عينها وأنه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هى سكر والحد انما أنيط فى الدليل الذى أثبت حد السكر بكل ما يسمى سكرا لا بالمرتبة الاخيرة منه على أن الحالة التى ذكر قلما يصل

(قال المصنف وقالا هو الذى يهذى الى قوله لانه هو السكران فى العرف) أقول قوله لانه الخ تعليل لقوله هو الذى الخ (قوله أن يستقرأ) أقول أى ذو أن يستقرأ (قوله قال لان تحريم الخمر نزل الخ) أقول الآية التى نزلت فيه هى قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى وليس فيه تحريم الخمر والتفصيل فى كتب التفسير والاظهر أن يقال لانه تعالى جعل الذى يعجز عن قراءة هذه السورة سكران

وقوله (ولا يحد السكران باقراره على نفسه) يعني في الحدود الخالصة حقا لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة لان الاقرار خبر يحتمل الكذب فاذا صدر من سكران مهذار زاد احتماله (فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه) باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف فاذا وجب عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره

(ولا يحد السكران باقراره على نفسه) لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته

اليها سكران فيؤدي الى عدم الحد بالسكر وروى بشر عن أبي يوسف اعتبار السكر بقراءة سورة قل يا أيها الكافرون ولا شك أن المراد ممن يحفظ القرآن أو كان حفظها فيما حفظ منه لا من لم يدر شيأ أصلا قال بشر فقلت لابي يوسف كيف أمرت بها من بين السور فربما يخطئ فيها العاقل الصاحي قال لان الله بين أن الذي عجز عن قراءتها سكران يعني به ما في الترمذي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعانا فأكلنا وسقانا من الخمر فأخذت الخمر منا وحضرت الصلاة فقدموني فقرأت قل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون قال فأنزل الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا ينبغي أن يعول على هذا بل ولا يعتبر به فانه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فانه ليس كل سكران اذا قيل له اقرأ قل يا أيها الكافرون يقول لا أحسنها الآن بل يندفع قارئا فيبدلها الى الكفر ولا ينبغي ان يلزم أحد بطريق ذكر ما هو كفر وان لم يؤاخذ به نعم لو تعين طريقا لاقامة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فان معرفة السكران لا تتوقف عليه بل له طريق معلوم هي ما ذكرنا وقوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى لمن لم يحسنها لا يوجب قصر المعرّف عليه وقوله (وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو) ممنوع بل اذا حكم العرف واللغة بأنه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بانه سكران بلا شبهة صحو وما معه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة في أنه سكران واذا كان سكران بلا شبهة حد فالمعتبر ثبوت الشبهة في سكره في نفي الحد لا ثبوت شبهة صحوه وعرف مما ذكر أن من استدل لابي حنيفة رضي الله عنه بهذه الآية على أن السكر هو أن لا يعقل منطقا الخ غريق في الخطا لانها في علي وأصحابه ولم يصل سكرهم الى ذلك الحد كما علمت من انهم أدركوا الوجوب وقاموا للاسقاط وجعلهم سكارى فهي تفيد ضد قوله وأما قوله تعالى حتى تعلموا الآية فانما أطلق لهم الصلاة حتى يصحوا كل الصحو بأن يعلموا جميع ما يقولون خشية أن يبدلوا بعض ما يقولون وليس فيه أن من مراتب السكر كذا وكذا بل أن من وصل الى ذلك الحد الذي كانوا فيه سمي سكران وكون المقدار الذي هو سبب للحد ماهو لا تعرّض له بوجه وقول المصنف (والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه) يفيد أن المراد من الاجماع في قوله والمعتبر في القدح المسكر ما قالاه بالاجماع الاجماع المذهبي والا لم يكن للشافعي قول آخر يخالف قولهما واعترضه شارح بأنه قلد فيه فخر الاسلام وفيه نظر فان الشافعي يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر جنسه وان قل ولا يعتبر السكر أصلا ولا يخفى أنه ليس بلازم من نقل قول الشافعي في تحديد السكر ما هو اعتقاد الناقل أن الشافعي يحد بالسكر بل الحاصل أنه لما قال يحد بالسكر عندنا حد السكر مطلقا عنهما وعن الشافعي ومفصلا عن الامام أي هو باعتبار اقتضائه الحد هو أقصاه وباعتبار مجرد الحرمة هو ما ذكرتم وجاز أن يكون بعض من فسر السكر يحد بلا سكر وانما فسره باعتبار آخر كأن حلف بطلاق أو عتاق ليشرب حتى يسكر فيحده ليعلم متى يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك ثم أبطله بأن هذا يتفاوت أي لا ينضبط فكم من صاح يتمايل ويزلق في مشيته وسكران ثابت وما لا ينضبط لا يضبط به ولان الذي وقع في كلام علي رضي الله عنه بحضرة الصحابة اعتبار بالاقوال لا بالمشي حيث قال اذا سكر هذى الخ (قوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه) أي بالحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة

(قال المصنف ولا يحد السكران باقراره على نفسه) أقول قال صاحب النهاية أي في الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والسرقة ولكن يضمن المسروق كذا في جامع العتابي وقال صاحب النهاية ذكر الامام التمرتاشي ولا يحد السكران باقراره على نفسه بالزنا والسرقة لانه اذا صحا ورجع بطل اقراره ولكن يضمن المسروق بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه في حال سكره لانه لا فائدة في التأخير لانه لا يملك الرجوع لانهما من حقوق العباد فاشبه الاقرار بالمال والطلاق والعتاق اهـ ولا يخفى عليك أن قوله لانه لا فائدة في التأخير الخ محل بحث وفي معراج الدراية بخلاف حد القذف فانه يحبس حتى يصحو ثم يحد للقذف ثم يحبس حتى يخف منه الضرب ثم يحد للسكر ذكره في المبسوط اهـ وفي معراج الدراية قيد بالاقرار لانه لو زنى وسرق في حالة السكر يحد بعد الصحو بخلاف الاقرار كذا في الذخيرة اهـ

ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر والله أعلم

الا أنه يضمن المسروق وقيد بالاقرار لانه لو شهد عليه بالزنا في حال سكره و بالسرقة يحد بعد الصحو و يقطع وانما لا يعتبر اقراره في حقوق الله تعالى لانه يصح رجوعه عنه ومن المعلوم أن السكران لا يثبت على شئ وذلك الاقرار من الاشياء والاقوال التي يقولها فهو محكوم بأنه لا يثبت عليه و يلزمه الحكم بعد ساعة بأنه رجع عنه هذا مع زيادة شبهة أنه يكذب على نفسه مجونا وتمسكا كما هو مقتضى السكر المتصف هو به فيندرئ عنه بخلاف ما لا يقبل الرجوع فانه مؤاخذ به لان غاية الامر أن يجعل راجعا عنه لكن رجوعه عنه لا يقبل هذا والذى ينبغي أن يعتبر في السكر الذى لا يصح معه الاقرار بالحدود على قول أبي حنيفة قولهما فيتفقون فيه كما اتفقوا عليه في التحريم لانه أدرأ للحدود ومنه لو اعتبر قوله فيه في ايجاب الحد وهذا بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد (والسكران كالصاحى) فيما فيه حقوق العباد (عقوبة عليه) لانه أدخل الآفة على نفسه فاذا أقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر و ينبغي أن يكون معناه أنه أقر بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الانبذة المحرمة أو مطلقا على الخلاف في الحد بالسكر من الاشربة المباحة والا فبمجرد سكره لا يحد باقراره بالسكر وكذا يؤاخذ بالاقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها لانها لا تقبل الرجوع (قوله ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد) أو الاستخفاف و باعتبار الاستخفاف حكم بكفر الهازل مع عدم اعتقاده لما يقول ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لانهما فرع قيام الادراك وهذا يقتضي أن السكران الذى لا تبين امرأته هو الذى لا يعقل منطقا كقول أبي حنيفة في حده والظاهر أنه كقولهما ولذا لم ينقل خلاف في أنه لا يحكم بكفر السكران بتكلمه مع أنهما لم يفسرا السكران بغير ما تقدم عنهما فوجهه أن أبا حنيفة انما اعتبر عدم الادراك في السكران احتياطا لدرء الحد ولا شك أنه يجب ان يحتاط في عدم تكفير المسلم حتى قالوا اذا كان في المسئلة وجوه كثيرة توجب التكفير ووجه واحد يمنعه على المفتى أن يميل اليه و يبنى عليه فلو اعتبر في اعتبار عدم ردته بالتكلم بما هو كفر أقصى السكر كان احتياطا للتكفير لانه يكفر في جميع ما قبل تلك الحالة هذا في حق الحكم أما فيما بينه و بين الله تعالى فان كان في الواقع قصد أن يتكلم به ذاكرا لمعناه كفر والا فلا فان قيل هذا الاعتبار مخالف للشرع فان الشارع اعتبر دركه قائما حتى خاطبه في حال سكره وذلك لان قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى يتضمن خطاب السكارى لانه في حال سكره مخاطب بأن لا يقربها كذلك والا لجازله قربانها وان لم يعلم ما يقول لعدم الخطاب عليه فلا يفيد هذا الخطاب فائدة أصلا فهو خطاب للصاحى أن لا يقربها اذا سكر فالامتثال مطلوب منه حال السكر سواء كان يعقل درك شيئا أولا كالنائم وهو معنى كونه مخاطبا حال السكر ولا شك أن تحقق الخطاب عليه ولا درك ليس الا عقوبة اذ تلزمه الاحكام ولا علم له بما يصدر منه فاعتبار دركه زائلا في حق الردة حتى لا يكفر حينئذ لعدم الاعتقاد والاستخفاف اعتبار مخالف لاعتبار الشرع في حقه قلنا ثبت من الشرع ما يقتضي أنه بعد ما عاقبه بلزوم الاحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه في أصل الدين رحمة عليه في ذلك خاصة وذلك حديث عبد الرحمن بن عوف المتقدم فانه لم يحكم بكفر القارئ مع اسقاط لفظة لا من قل يا أيها الكافرون ولا شك أن ذلك السكر الذى كان بهم لم يكن بحيث لا درك أصلا ألا ترى أنهم أدركوا وجوب الصلاة وقاموا الى الاداء فعلمنا أن الشارع رحمه في أصل الدين وعاقبه في فروعه ولهذا صححنا اسلامه ولولا هذا الحديث لقلنا بردته وان لم يكن له درك ولم نصحح من الكافر السكران اسلامه وبما ذكرنا يعرف صحة

(ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لما ذكر أن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر) وروى أن عبد الرحمن بن عوف صنع طعاما فدعا بعض الصحابة فأكلوا وسقاهم خمرا وكان ذلك قبل تحريمها فأمهم في صلاة المغرب عبد الرحمن أو غيره وقرأ سورة الكافرون بطرح اللاآت مع أن اعتقادها كفر ولم يكن ذلك كفرا من ذلك القارئ فعلم أن السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من لفظ الكفر والله أعلم

القذف فى اللغة الرمى وفى اصطلاح الفقهاء نسبة من أحصن الى الزنا صريحا أو دلالة (اذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا) الخالى عن الشبهة الذى لو أقام القاذف عليه أربعة من الشهود أو أقر به المقذوف لزمه حد الزنا (وطالب المقذوف بالحد) وعجز القاذف عن اثبات ما قذفه به (حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا) لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى أن قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية (والمراد) بقوله والذين يرمون (الرمى بالزنا بالاجماع واليه الاشارة فى النص لانه شرط أربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا) واعترض بأن التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه بأن قال لست لابيك وبأن القياس ان لا تجب المطالبة لان حق الله فيه غالب والمغلوب فى مقابلته كالمستهلك ولئن وجبت فليست مطالبة المقذوف بلازمة فان ابنه اذا طالبه حد والجواب انه اذا قذفه بصريح الزنا ووجد الشرط وجب الحد لا محالة فتلك قضية صادقة وأما اذا قذفه بنفى النسب لا يجب فليس بلازم لان التقييد به لاخراج ما كان منه بطريق الكناية مثل ان يقول يا زانى فقال آخر صدقت لا لاخراج ما ذكرتم وحق العبد وان كان مغلوبا لكن يصلح اشتراط مطالبته احتياطا للدرء وابن المقذوف انما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف ولهذا لم يكن له حق المطالبة الا اذا كان المقذوف ميتا ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه

﴿ باب حد القذف ﴾

(قوله واعترض بان التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه بأن قال لست لابيك الخ) أقول وفى النهاية بعد ما قال فان قلت فى هذا وجوه من الشبه وذكر الشبه الثلاث المذكورة فى الشرح والرابع انه قد يتحقق قذف الرجل المحصن والمرأة المحصنة ولا يجب حد القذف كما اذا قذف الاخرس المحصن أو المجبوب المحصن والرتقاء المحصنة والرواية فى المبسوط فعلى هذا لا يكون فى اطلاقه فائدة وقال فى جوابه وأما الرابع فانما لا يحد قاذف الاخرس لانه لو كان ينطق لربما يصدق القاذف فلا يقام الحد مع الشبهة وأما المجبوب والرتقاء فلأنه لا يلحقهما الشين والعار بقذفهما بالزنا لان الزنا منهما لا يتحقق اه خلاصة الجواب عن الكل انه لم يجب الحد على ما ذكرتم لمانع وقيد عدم المانع غير لازم فى الاحكام الكلية كما سيجىء فى أوائل الوكالة ثم أقول فيه تأمل ثم لا يخفى ان الاظهر فى الاخرس أن يقال ان فيه شبهة البدلية فان اشارته قائمة مقام العبارة والحدود تندرئ بالشبهات الى هذا أشير فى الكافى فى أوائل الوكالة (قوله بطريق الكناية) أقول فانها تقابل الصريح

﴿ باب حد القذف ﴾

(واذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا) لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى أن قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمى بالزنا بالاجماع وفى النص اشارة اليه وهو اشتراط أربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا

التفصيل الذى ذكرناه وهو أن هذا السكران الذى وقع منه كلمة ردة ولم يصل الى أقصى السكر إن كان عن غير قصد اليها كما قرأ على قل يا أيها الكافرون فغير فليس بكافر عند الله ولا فى الحكم وان كان مدركا لها قاصدا مستحضرا معناها فانه كافر عند الله تعالى بطريق تكفير الهازل وان لم يحكم بكفره فى القضاء لان القاضى لا يدرى من حاله الا أنه سكران تكلم بما هو كفر فلا يحكم بكفره والله سبحانه أعلم

﴿ باب حد القذف ﴾

تقدم وجه المناسبة بينه وبين ما قبله وما بعده والقذف لغة الرمى بالشئ وفى الشرع رمى بالزنا وهو من الكبائر باجماع الامة قال الله تعالى ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم وقال عليه الصلاة والسلام اجتنبوا السبع الموبقات قيل وما هن يا رسول الله قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التى حرم الله وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولى يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات متفق عليه وعنه عليه الصلاة والسلام من أقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر نودى يوم القيامة ليدخل من أى أبواب الجنة شاء وذكر منها قذف المحصنات وتعلق الحد به بالاجماع مستندين الى قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا (والمراد الرمى بالزنا) حتى لو رماه بسائر المعاصى غير لا يجب الحد بل التعزير (وفى النص اشارة اليه) أى الى أن المراد الرمى بالزنا (وهو اشتراط أربعة من الشهود) يشهدون عليها بما رماها به ليظهر به صدقه فيما رماها به ولا شئ يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة الا الزنا ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص بالقطع بالغاء الفارق وهو صفة الانوثة واستقلال دفع عار ما نسب اليه بالتأثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت أهلية الاجتهاد (قوله واذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا) بان قال زنيت أو يا زانى (وطالب المقذوف بالحد

قال (ويفرق على أعضائه) لما مر فى حد الزنا

حدها الحاكم ثمانين سوطا ان كان) القاذف (حرا) وان كان عبدا حد أربعين سوطا شرط الاحصان فى المقذوف وهو أن يكون حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا وعن داود عدم اشتراط الحرية وانه يحد قاذف العبد وعن أحمد لا يشترط البلوغ بل كون المقذوف بحيث يجامع وان كان صبيا وهى خلاف المصحح عنه وعن سعيد بن المسيب وابن أبى ليلى يحد بقذف الذمية اذا كان لها ولد مسلم والمعول عليه قول الجمهور وسيأتى الوجه عليه وقوله (بصريح الزنا) يحترز عن القذف بالكناية كقائل صدقت لمن قال يا زانى بخلاف مالو قال هو كما قلت فانه يحد ولو قال أشهد أنك زان فقال الآخر وأنا أشهد لا حد على الثانى لان كلامه محتمل ولو قال وأنا أشهد بمثل ماشهدت به حد ويحد بقوله زنى فرجك وبقوله زنيت ثم قال بعد ما قطع كلامه وأنت مكرهة بخلافه موصولا وكذا اذا قال ليست أمى بزانية أو أبى فانه لا يحد وبه قال الشافعى وأحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح وقال مالك وهو رواية عن أحمد يحد بالتعريض لما روى الزهرى عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عمر يضرب الحد فى التعريض وعن على أنه جلد رجلا بالتعريض ولانه اذا عرف المراد بدليله من القرينة صار كالصريح قلنا لم يعتبر الشارع مثله فانا رأيناه حرم صريح خطبة المتوفى عنها فى العدة وأباح التعريض فقال ولكن لا تواعدوهن سرا وقال ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء فاذا ثبت من الشرع نفى اتحاد حكمهما فى غير الحد لم يجز أن يعتبر مثله على وجه يوجب الحد المحتاط فى درئه وأما الاستدلال بأنه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد الذى قال يارسول الله ان امرأتى ولدت غلاما أسود يعرض بنفيه فغير لازم لان الزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع وقد أورد أن الحد يثبت بنفى النسب وليس صريحا فى القذف وورده باعتبار المفهوم وهو حجة فى الروايات وأجيب بانه يثبت بالنسبة الى الزنا بالاقتضاء والثابت مقتضى كالثابت بالعبارة والحق أن لا دلالة اقتضاء فى ذلك لما سيذكر بل حده بالاثر والاجماع فهو وارد لا يندفع ولا فرق فى ثبوت القذف بعد أن يكون بصريح الزنا بين ان يكون بالعربى أو النبطى أو الفارسى أو غير ذلك فلا يحد لو قال لها زنيت بحمار أو بعير أو ثور لان الزنا ادخال رجل ذكره الخ بخلاف مالو قال لها زنيت بناقة أو أتان أو ثوب أو دراهم حيث يحد لان معناه زنيت وأخذت البدل اذ لا تصلح المذكورات للادخال فى فرجها ولو قال هذا لرجل لا يحد لانه ليس العرف فى جانبه أخذ المال ولو قال زنيت وأنت صغيرة أو جامعك فلان جماعا حراما لا يحد لعدم الاثم ولعدم الصراحة اذ الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد وكذا لا يحد فى قوله يا حرام زاده لانه ليس كل حرام زنا ولا بقوله أشهدنى رجل أنك زان لانه حاك لقذف غيره ولا بقوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس أو أزنى الزناة لان أفعل فى مثله يستعمل للترجيح فى العلم فكأنه قال أنت أعلم به وسيأتى خلافه فى فروع نذكرها وأما اشتراط مطالبة المقذوف فاجماع اذا كان حيا فان كان ميتا فطالبة من يقع القدح فى نسبه ثم ان نفيه عن غير المقذوف بمفهوم الصفة وهو معتبر وأورد ينبغى ان لا تشترط المطالبة لان المغلب فيه حق الله تعالى فالجواب ان حق العبد مطلقا يتوقف النظر فيه على الدعوى وان كان مغلوبا نعم يرد على ظاهر العبارة قذف نحو الرتقاء والمجبوب فانه لا يحد فيه مع صدق القذف للمحصنة بصريح الزنا وكذا الاخرس لاحتمال ان يصدقه لو نطق وفى الاولين كذبه ثابت بيقين فانتفى الحاق الشين الا بنفسه ولو قال لرجل يازانية لا يحد استحسانا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد والشافعى يحد لانه قذفه على المبالغة فان التاء تزاد له كما فى علامة ونسابة ولهما انه رماه بما يستحيل منه فلا يحد كما لو قذف مجبوبا وكذا لو قال أنت محل للزنا لا يحد وكون التاء للمبالغة مجاز لما عهد لها من التأنيث ولو كان حقيقة فالحد لا يجب بالشك ولو قال لامرأة يازانى حد عندهم لان الترخيم شائع (ويفرق) الضرب (على أعضائه لما مر فى حد الزنا)

(وقوله ويفرق) يعنى الضرب (على أعضاء القاذف على مامر فى حد الزنا) وهو قوله لان الجمع فى عضو واحد يفضى الى التلف

(ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به) لاحتمال ان يكون القاذف صادقا في نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة لانها على الوصف المشروط فيه لا تكاد تحصل (فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا) حيث يجرد فيه من ثيابه لان سببه معاين بالبينة أو الاقرار وههنا بعد ثبوت القذف بالبينة أو الاقرار يتوقف اقامة الحد على معنى آخر وهو كذبه في النسبة الى الزنا وهو غير متيقن به وقوله (غير انه ينزع عنه الحشو) استثناء من قوله ولا يجرد وقوله (لان ذلك) يعنى الفرو والحشو كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وقوله (وان كان القاذف عبدا) ظاهر وقوله (والاحصان) بيان شرطه وقوله (لعدم تحقق فعل الزنا منهما) قيل عليه لو كان كذلك لحد من قذف المجنون الذى زنى فى حال جنونه ولا يحد وان قذفه بعد الافاقة وأجيب بأن معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا الذى يؤثم صاحبه ويوجب الحد عليه ولم يوجد منهما وأما الوطء الذى هو غير مملوك فقد تحقق منهما وبالنظر الى هذا كان القاذف صادقا فى قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا عار على المقذوف كمن قذف رجلا بوطء شبهة أو وطء جارية مشتركة بينه وبين غيره وقوله (والاسلام لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن) تقريره ان الله تعالى أوجب حد القذف بقذف المحصن بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية والكافر ليس بمحصن لقوله صلى الله عليه وسلم من أشرك بالله فليس بمحصن فلا يجب عليه حد القذف

(ولا يجرد من ثيابه) لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا (غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو) لان ذلك يمنع ايصال الالم به (وان كان القاذف عبدا جلد أربعين سوطا لمكان الرق والاحصان أن يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا) أما الحرية فلأنه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب أى الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق بالصبى والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه

(قوله ولا يجرد من ثيابه) الا فى قول مالك (لان سببه) وهو النسبة الى الزنا كذبا (غير مقطوع به) لجواز كونه صادقا غير انه عاجز عن البيان بخلاف حد الزنا لان سببه معاين للشهود أو للمقر به والمعلوم لهما هنا نفس القذف وايجابه الحد ليس بذاته بل باعتبار كونه كاذبا حقيقة أو حكما بعدم اقامة البينة قال تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون فالحاصل انه تعالى منع من النسبة الى الزنا الا عند القدرة على الاثبات بالشهداء لان فائدة النسبة هنالك تحصل أما عند العجز فانما هو تشنيع ولقلقة تقابل عثلها بلا فائدة (بخلاف حد الزنا غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو) أى الثوب المحشو لانه يمنع من وصول الالم اليه ومقتضاه انه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع والظاهر أنه ان كان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو أو قريبا منه ويمنع ايصال الالم الذى يصلح زاجرا (قوله والاحصان أن يكون المقذوف حرا الخ) قدمنا ذلك والكلام هنا فى اثبات ذلك ويثبت الاحصان باقرار القاذف أو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين خلافا لزفر وتقدمت فان أنكر القاذف الاحصان وعجز المقذوف عن البينة لا يحلف ما يعلم انها محصنة وكذا اذا أنكر الحرية لا يحد حد الارقاء القول قوله ولا يحد كالاحرار الا ان يقيم المقذوف بينة انه حر ولو كان القاضى يعلم حريته حده ثمانين وهذا قضاء بعلمه فيما ليس سببا للحد فيجوز (أما اشتراط الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب أى الحرائر) فالرقيق ليس محصنا بهذا المعنى وكونه محصنا بمعنى آخر كالاسلام وغيره يوجب كونه محصنا من وجه دون وجه وذلك شبهة فى احصانه توجب درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصنا بجميع المفهومات التى أطلق عليها لفظ الاحصان الا ما أجمع على عدم اعتباره فى تحقق الاحصان وهو كونها زوجة أو كون المقذوف زوجا فانه جاء بمعناه وهو قوله تعالى والمحصنات من النساء أى المتزوجات ولا يعتبر فى احصان القذف بل فى احصان الرجم ولا شك أن الاحصان أطلق بمعنى الحرية كما ذكرنا وبمعنى الاسلام فى قوله تعالى فاذا أحصن قال ابن مسعود أسلمن وهذا يكفى فى اثبات اعتبار الاسلام فى الاحصان والمصنف ذكر فيه ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن وتقدم الكلام عليه وبمعنى العفة عن فعل الزنا قال تعالى والذين يرمون المحصنات والمراد بهن العفائف وأما العقل والبلوغ ففيه اجماع الا ما عن أحمد أن الصبى الذى يجامع مثله محصن فيحد قاذفه والاصح عنه كقول الناس وقول مالك فى الصبية التى يجامع مثلها يحد قاذفها خصوصا اذا كانت مراهقة فان الحد بعلة الحاق العار ومثلها يلحقه والعامة يمنعون كون الصبى والمجنون يلحقهما عار بنسبتهما الى الزنا بل ربما يضحك من القائل لصبى أو مجنون يا زانى اما لعدم صحة قصده واما لعدم خطابهما بالحرمات ولو فرض لحوق عار

(قوله يعنى الفرو والحشو كما فى قوله تعالى الخ) أقول قد سبق نظيره فى باب حد الشرب (قوله من قذف المجنون زنى حال جنونه الخ) أقول الظاهر ان يقال ومن قذف المجنون الذى زنى حال جنونه الخ وهكذا فى النهاية ويجوز أن يكون من قبيل كمثل الحمار يحمل أسفارا

(ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك يحد إن كانت أمه حرة مسلمة لانه فى الحقيقة قذف أمه) لانه نفى النسب (والنسب انما ينفى عن الزانى لاعن غيره) وتقريره ان فرض المسئلة فيما اذا كان أبوه وأمه معروفين ونسبه من الام ثابت بيقين ونفاه عن الاب المعروف فكان دليلا على انه زنى بأمه وفى ذلك قذف لامه لامحالة قيل يشترط ان يكون فى حالة

الغضب فى هذه المسئلة كالتى بعدها

(ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد) وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة لانه فى الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزانى لاعن غيره (ومن قال لغيره فى غضب لست بابن فلان لأبيه الذى يدعى له يحد ولو قال فى غير غضب لا يحد) لان عند الغضب يراد به حقيقته سباله وفى غيره يراد به المعاتبة بنفى مشابهته أباه فى أسباب المروءة

عار لمراهق فليس الحاقا على الكمال فيندرئ وهذا أولى من تعليل المصنف بعدم تحقق فعل الزنا منهما لانه مؤول بان المراد بالزنا المؤثم والا فهو يتحقق منهما اذ يتحقق منهما الوطء فى غير الملك لكن القذف انما يوجب الحد اذا كان بزنا يؤثم صاحبه وبه يندفع الايراد القائل اذا لم يتحقق الزنا منهما فينبغى ان يحد قاذف مجنون زنى حالة جنونه لكن لا يحد وان كان قذفه حين افاقته وأما اشتراط العفة فلان غير العفيف لا يلحقه العار بنسبته الى الزنا لان تحصيل الحاصل محال ولو لحقه عار آخر فهو صدق وحد القذف للفرية لا للصدق وفى شرح الطحاوى فى العفة قال لم يكن وطئ امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد فى عمره فان كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا لو وطئ فى غير الملك أو وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره سقطت عدالته ولو وطئها فى الملك الا انه محرم فانه ينظر ان كانت الحرمة مؤقتة لا تسقط عدالته كما اذا وطئ امرأته فى الحيض أو أمته المجوسية لا يسقط احصانه وان كانت مؤبدة سقط احصانه كما اذا وطئ أمته وهى أخته من الرضاع ولو مس امرأة بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها فدخل بها أو أمها لا يسقط احصانه عند أبى حنيفة وعندهما يسقط ولو وطئ امرأة بالنكاح ثم تزوج بنتها ودخل بها سقط احصانه انتهى لفظه وانما لم يسقط احصانه عند أبى حنيفة فى بنت الممسوسة بشهوة لان كثيرا من الفقهاء يجوزون نكاحها (قوله ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة) وكذا اقتصر عليه الحاكم فى الكافى وعلله فى الهداية بانه فى الحقيقة قذف لامه فكأنه قال أمه زانية لانه اذا كان لغير أبيه ولا نكاح لذلك الغير كان عن زناها معه قيل فعلى هذا كان الاولى أن يقال اذا كانت محصنة حتى يشمل جميع شرائط الاحصان وأورد عليه أنه يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمه زانية بأن كانت موطوءة بشبهة أو نكاح فاسد والجواب أن المراد انك لست لابيك الذى ولدت من مائه بل مقطوع النسب منه وهذا ملزوم بان الأم زنت مع صاحب الماء الذى ولده هو منه وهذا معنى قول المصنف لان النسب انما ينفى عن الزانى لاعن غيره وحاصله أن نفى نسبه عن أبيه يستلزم كون أبيه زانيا لان النسب انما ينفى عن الزانى فيلزم أن أمه زنت مع أبيه فجاءت به من الزنا ولا يخفى انه ليس بلازم لجواز كون أبيه زنى بامه مكرهة أو نائمة فلا يثبت نسبه من أبيه ولا يكون قاذفا لامه فالوجه اثباته بالاجماع وهذا بناء على الحكم بعدم ارادة الاب الذى يدعى اليه وينسب بخصوصه ولا شك فى هذا والا كانت بمعنى المسئلة التى تليها وهى التى يرد عليها السؤال المذكور وجوابه ما سيجئ وحمل بعضهم وجوب الحد فى هذه على ما اذا كان قوله ذلك فى حال الغضب والسباب بدليل المسئلة التى تليها فاذن يختلف المراد بلفظ الاب على هذا التقدير فانه اذا كان فى غير حالة الغضب فانما يراد بالاب الاب المشهور فيكون النفى مجازا عن نفى المشابهة فى محاسن الاخلاق (قوله ومن قال لغيره فى غضب لست بابن فلان لابيه الذى يدعى اليه يحد ولو قال فى غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقته) أى حقيقة

وقيل يجب أن لا يجب الحد ههنا وان كان قذفه فى حالة الغضب لجواز أن ينفى النسب عن أبيه من غير أن تكون الام زانية من كل وجه بأن تكون موطوءة بشبهة ولدت فى عدة الواطئ وأجيب بأن ما ذكرته وجه القياس فى هذه المسئلة ووجوب الحد فيها بالاستحسان بالاثر قال فى المبسوط وانما تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود قال لا حد الا فى قذف محصنة أو نفى رجل عن أبيه وقوله (ومن قال لغيره فى غضب الخ) ظاهر وطولب بالفرق بين هذه وبين قوله فى حالة الغضب أو غيرها

قال المصنف (ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك) أقول أى لست لاصلك الذى خلقت من مائه وانما ينقطع نسبه عن صاحب الماء اذا حصل بالزنا حتى لو قال لست لابيك فلان بالتعيين يكون على تفصيل الغضب وعدمه كما سيجئ أيضا قال المصنف (وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة) أقول الاولى أن يقول محصنة ليعم (قوله وقيل يجب الى قوله ولدت فى عدة الواطئ) أقول وأجاب فى الكافى بانه اذا وطئت بشبهة كان الولد ثابت النسب من انسان وانما يكون ثابت النسب من الاب اذا كانت الام زانية فدل أنه قذف أمه بهذا اللفظ يؤيده قول ابن مسعود رضى الله عنه لا حد الا فى قذف محصنة أو نفى رجل عن أبيه اه

(ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد) لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لايحد أيضا لانه قد ينسب اليه مجازا (ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف) لانه قذف محصنة بعد موتها

نفيه عن أبيه لانه حالة سب وشتم وفي غيره يراد به المعاتبة على عدم تشبهه به في محاسن أخلاقه ولا يخفى أن في حالة الغضب ليس نسبة أمه الى الزنا أمرا لازما لجواز نفيه عنه والقصد الى اثباته من غيره لشبهة أو نكاح فاسد كالتي قبلها فثبوت الحد به بمعونة قرائن الاحوال وهذا لا يثبت القذف بصريح الزنا وكذا ذكر في المبسوط أن في الاولى الحد استحسانا بأثر ابن مسعود وهو ما ذكره الحاكم في الكافي من قول محمد بلغنا عن عبد الله بن مسعود أنه قال لا حد الا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه ثم حملوا الاثر على النفي حالة الغضب وحكموا بانه حالة عدمه لم ينفه عن أبيه بدلالة الحال فليس هذا من التخصيص في شئ اذ ليس قذفا وانما يكون تخصيصا لو كان قذفا أخرج من حكم القذف ولو قال لست بابن فلان ولا ابن فلانة لا يحد مطلقا لان حده في قوله لست ابن فلان في حالة الغضب مقتصرا عليه باعتبار انه قذف أمه واذا نفى نسبه عن أمه فقد نفى ولادتها اياه فقد نفى زناها به فكيف يحد هذا وأما اذا قال يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا فلا يتأتى فيه تفصيل بل يحد البتة بخلاف ما لو قال يا ابن القحبة فانه يعزر ولو قال لامرأته يا حلية فلان لا يحد ولا يعزر (قوله ولو قال لست بابن فلان يريد بفلان جده لا يحد لانه صادق في كلامه) وكذا لو قال أنت ابن فلان يعني جده هو صادق لانه قد ينسب الى الجد مجازا متعارفا وفي بعض أصحابنا ابن أمير حاج وأمير حاج جده وكذا لو قال أنت ابن فلان لعمه أو خاله أو زوج أمه لا يحد لان كلا منهم مما أطلق عليه اسم الاب كما سيأتي واعلم أن قوله لست ابن فلان لابيه المعروف له معنى مجازي هو نفي المشابهة ومعنى حقيقي هو نفي كونه من مائه مع زنا الام به أو عدم زناها بل بشبهة فهي ثلاثة معان يمكن ارادة كل منها على الخصوص وقد حكموا بتحكيم الغضب وعدمه فعدمه يراد نفي كونه من مائه مع زنا الام به ومع عدمه يراد المجازي وقوله لست ابن فلان لجده له معنى مجازي هو نفي مشابهته لجده ومعنيان حقيقيان أحدهما نفي كونه مخلوقا من مائه والآخر نفي كونه أبا أعلى له وهذا يصدق بصورتين نفي كون أبيه خلق من مائه بل زنت جدته به أو جاءت به بشبهة وكل هذه المعاني يصح ارادة كل منها وقد حكم بتعيين الغضب أحدها بعينه في الاول وهو كونه ليس من مائه مع زنا الام به اذ لا معنى لان يخبره في السباب بان أمه جاءت به بغير زنا بل بشبهة فيجب أن يحكم أيضا بتعيين الغضب في المعنى الثاني الذي هو نفي نسب أبيه عنه وقذف جدته به فانه لا معنى لاخباره في حالة الغضب بانك لم تخلق من ماء جدك وهو مع سماجته أبعد في الارادة من ان يراد نفي أبوته لابيه لان هذا كقولنا السماء فوق الارض ولا مخلص الا أن يكون فيها اجماع على نفي الحد بلا تفصيل كما أن في تلك اجماعا على ثبوته بالتفصيل ولو قال له أنت ابن فلان لغير هؤلاء يحد مع أنه ليس بقذف صريح لجواز كونه ابنه شرعا بلا زنا على ما قلنا فانما هو استحسان بمعنى حديث ابن مسعود وهذه الصور ستأتي في الكتاب لكنها هنا أنسب (قوله ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة كان للولد المطالبة بحده) فاذا طالب به حد القاذف (ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه) وهو الوالد وان علا والولد وان سفل لان العار يلتحق بهما للجزئية فيكون القذف متناولا لا معنى لهما فلذلك يثبت لهما حق المطالبة لكن لحوقه لهما بواسطة لحوق المقذوف بالذات فهو الاصل في ذلك فهو الاصل في الخصومة لان العار يلحقه مقصودا فلا يطالب غيره مع وجوبه الا عند اليأس عن مطالبته وذلك بان يكون ميتا فلذا لو كان المقذوف غائبا لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافا لابن أبي ليلى لانه يجوز أن يصدقه الغائب وما ذكرنا من ان حق المطالبة يثبت للاب وان علا ذكره الفقيه أبو الليث وفي فتاوى قاضيخان رجل

لست بابن فلان ولا بابن فلانة وهي أمه التي تدعى له حيث لا يكون قذفا مع أن القذف يراد بهذا اللفظ وأجيب بأن قوله ولا بابن فلانة نفي عنها وانما ينتفي عن أمه بانتفاء الولادة فكان نفيا للولادة ونفي الولادة نفي الوطء ونفي الوطء نفي الزنا بخلاف ما اذا لم يقل ذلك لانه نفي عن الوالد وولادة الولد ثابتة من أمه فصار كأنه قال له أنت ولد الزنا قال (ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها) بخلاف ما اذا قذفها ثم ماتت فان الحد يسقط

قوله كان الولد ثابت النسب من انسان أي اذا كانت تحت زوج فنسبه منه وان لم يكن من الواطئ فكان ثابتا من انسان ضرورة هو أبوه قوله وانما لا يكون ثابت النسب من الاب اذا كانت الام زانية يعني وهو قد قذفه بنفي نسبه عن الاب فدل ذلك على انه لم يرد بقذفه كون أمه موطوءة بشبهة لما فيه من ثبوت النسب أيضا ثم أقول لا يذهب عليك أن فرض المسئلة فيما ذكره يدفع هذا السؤال ولا يحتاج الى الجواب

(ولا يطالب بحد القذف للميت الامن يقع القدح فى نسبه بقذفه وهو الوالد والولد) يعنى الاب والجد وان علا والولد وولد الولد وان سفل نقله صاحب النهاية عن الفقيه أبى الليث ثم قال كذا وجدت بخط شيخى ونقل غيره من الشارحين عن شرح الجامع الصغير (لان العار يلتحق به) أى بكل واحد من الوالد والولد (لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى) ورد بأن التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها اذا كان المقذوف حيا غائبا فانه ليس لاحد أن يأخذ بحده اذ ذاك وأجيب بأن الاصل فى الباب هو المقذوف لا محالة وغيره ممن بينه و بينه جزئية يقوم مقامه وانما يقوم الشئ مقام غيره اذا وقع اليأس من الاصل وانما يقع اليأس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته وقوله (وعند الشافعى) ظاهر وقوله (لما ذكرناه) يعنى قوله لأن العار يلتحق به وقوله (كما يثبت لولد الابن) يعنى بالاتفاق (خلافا لمحمد) فانه روى عنه أن حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لانه منسوب الى أبيه لا الى أمه فلا يلحقه الشين بزنا أبى أمه وفى ظاهر الرواية النسب يثبت من الطرفين ويصير الولد به كريم الطرفين (ويثبت لولد الولد حال قيام الولد) وقال زفر رحمه الله ليس لولد الولد حال قيام الولد أن يخاصم لان الشين الذى يلحق الولد فوق الذى يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع قيام الولد كالولد مع بقاء المقذوف واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه مع بقاء الاقرب ولكنا نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته اليه وذلك موجود فى حق ولد الولد كوجوده فى حق الولد فإنما خاصم بقيام الحد لخصومته بخلاف المقذوف فان حق الخصومة له باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصودا وذلك لا يوجد فى حق ولده وبخلاف الكفاءة فان طلبها انما يثبت للاقرب بقوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات وفى الحكم المرتب على العصوبة يقدم الاقرب على الابعد

(ولا يطالب بحد القذف للميت الامن يقع القدح فى نسبه بقذفه وهو الوالد والولد) لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعى يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر

قذف ميتا فلولده وولد ولده ووالده ان يأخذ القاذف ويحده وولد الابن وولد البنت سواء فى ظاهر الرواية ولا يأخذه بذلك أخ ولا عم ولا جد أبو الاب ولا أم الام ولا عمة ولا مولاه وعند الشافعى ومالك وأحمد أيضا تثبت المطالبة لكل وارث بناء على انه يورث عنده ففى فتاوى القاضى قال محمد لكل من يرثه و يورث منه أن يأخذ القاذف ويحده اه وهذه رواية غريبة عن محمد ثم الشافعية فيمن يرثه ثلاثة أوجه أحدها أنه يرثه جميع الورثة والثانى غير الوارث بالزوجية والثالث يرثه ذكور العصبات لا غيرهم (وعندنا ليس بطريق الارث بل لما ذكرنا) من لحوق العار ولذا لا يثبت للاخ عندنا حق المطالبة به لان قرابة الولاد بمنزلة نفس الانسان فالاحق من العار للانسان كاللاحق لنفس ولده ووالده بخلاف الاخ لا يلحقه ضرر عار زنا أخيه كما لا يلحقه النفع بانتفاع أخيه ولعلم الشرع بذلك أجاز شهادة الاخ لاخيه فليس لاخى المقذوف ولا لعمه وخاله المطالبة بحد القذف ولم يجز شهادة الولد والوالد لانهما فى حكم نفس المشهود له (ولهذا) أعنى لكون حق المطالبة للحوق العار غير دائر مع الارث (يثبت للمحروم عن الميراث بالقتل) أو الرق أو الكفر فللقاتل أبيه أن يطالب قاذفه بعد قتله بحد القذف وكذا اذا كان الولد عبدا أو كافرا خلافا لزفر رحمه الله (ويثبت لولد بنت المقذوف كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد) ويثبت للابعد مع وجود الاقرب (وكذا يثبت لولد الولد) حق المطالبة (مع وجود الولد خلافا لزفر) ولو عفا بعضهم كان لغيره ان يطالب به لانه للدفع عن نفسه وقوله (خلافا لمحمد) يعنى فى رواية ليست هى ظاهر الرواية عنه ووجهها أن نسبه الى أبيه وهو أجنبى عن جدته لامه بدليل انه لم يدخل فى لفظ ولد الولد في الوقف على أولاده وأولاد أولاده لا يدخل ابن البنت فى ظاهر الرواية وجه الظاهر عنهم أولا بمنع عدم الدخول بل يدخل كقول الخصاف وقد اختاره جماعة فى الوقف وثانيا بتقدير التسليم أن المبنى مختلف لان مبنى ثبوت الخصومة فى حق القذف ثبوت الجزئية المستلزمة لرجوع عار المنسوب الى الانسان الى الآخر وثبوت الوقف عليه بثبوت تبادر ولد البنت من قولنا أولاد فلان لانه وقف على من يسمى به فاذا لم يتبادر لا يشمله الوقف

(قوله ونقل غيره من الشارحين) أقول أراد الاتقانى (قوله عن شرح الجامع الصغير) أقول هو للفقيه أبى الليث قال المصنف (فيكون القذف متناولا له معنى) أقول قال الزيلعى لان العار نوع ضرر والضرر الراجع الى الاصول والفروع كالراجع الى نفسه وكذا النفع الراجع اليهم كالنفع الراجع الى نفسه ألا يرى أن ذلك منع قبول الشهادة لهم ودفع الزكاة اليهم ومنع الوكيل من البيع لهم وغير ذلك من الاحكام اه بخلاف الاخ والعم وغيرهما (قوله فانه ليس لاحد أن يأخذ بحده) أقول خلافا لابن أبى ليلى قال المصنف (ويثبت لولد البنت) أقول قال الاتقانى وان لم يكن وارثا لانه من ذوى الارحام اه وفيه بحث لانه وارث عندنا ففى التفريع تأمل ودفعه غير خفى لان المراد بالارث هو الارث بطريق الفرضية والعصوبة اذ هما من أسباب الارث عند الشافعى

(واذا كان المقذوف محصنا) وهو ميت (جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف تناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا) لان حد القذف لا يورث (فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى) فى رجوع العار اليه ولو كان متناولا له صورة ومعنى بأن قذفه قاذف ابتداء (١٩٦) لم يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف فكذا اذا تناوله معنى قيل قوله وليس طريقه

(واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد) خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا أنه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان فى الذى ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافى أهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان فى المنسوب الى الزنا (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ولا للابن أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة)

وصار كالوصية لاولاد أولاد فلان لا يدخل أولاد بناته لهذا وجه قول زفر أن ما يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع الولد كولد المقذوف معه واعتبره بالخصومة فى الكفاءة فانه لا خصومة للابعد مع وجود الاقرب والجواب منع أن ما يلحق الاقرب فوق ما يلحق الابعد بل كل من ينسب الى المقذوف بالجزئية لحقه من العار مثل ما لحق الآخر لاتحاد الجهة والتبعية بخلاف المقذوف مع ولده لانه لحقه العار مقصودا بالالحاق به دون ولده وولد ولده وأما حق خصومة الكفاءة فانما يثبت للاقرب بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات فعلم ترتبهم فى ذلك لان الاسم يشعر به حيث علم أن حكمه ذلك فان قلت قد ظهر الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد بقذف جده وجدته انما خالف زفر فى ذلك عند وجود الاقرب فما وجه ما فى قاضيخان اذا قال جدك زان لا حد عليه قلنا ذلك للابهام لان فى اجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بخلاف قوله أنت ابن ابن الزانية لانه قاذف لجده الادنى فان كان أو كانت محصنة حد (قوله واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر ولابنه العبد أن يطالب بالحد خلافا لزفر) ولكل من قال طريقه الارث يعنى اذا كان المقذوف ميتا بان وقع بعد موت المقذوف لانه لا يورث ولا يطالب به الابن فى حال حياة المقذوف (هو يقول القذف تناول الابن معنى لا صورة لرجوع العار اليه) وليس الحد الآن والمطالبة به لاجل أمه اذ ليس طريقه الارث عندنا واذا تناوله معنى فغاية أمره أن يجعل كأنه تناوله صورة ومعنى بأن يكون هو المقصود بالقذف ولو كان كذلك لم يكن له المطالبة لعدم احصانه فكذا اذا كان مقذوفا معنى فقط (ولنا أنه) أى القاذف (عيره بقذف محصن) هو أمه أو أبوه (فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان فى) المقذوف قصدا وهو (الذى ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال) لانه لا يقع تعييرا كاملا الا اذا كان محصنا (ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده) فيثبت له حق المطالبة على طريق الاصالة للشين الذى لحقه لا للخلافة ثم يترتب على المطالبة اقامة الحد حقا لله تعالى (والكفر لا ينافى أهلية استحقاق المطالبة بخلاف ما اذا قذفه نفسه) لعدم احصانه فلم يقع التعيير اذ لم يكن محصنا على الكمال والحاصل ان السبب التعيير الكامل وهو باحصان المقذوف فان كان حيا كانت المطالبة له أو ميتا طالب به أصله أو فرعه وان لم يكن محصنا لم يتحقق التعيير الكامل فى حقه (قوله وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة) أى التى قذفها فى حال موتها (ولا للابن أن يطالب أباه) وان علا (بقذف أمه الحرة المسلمة) التى قذفها فى حال موتها بأن قال رجل لعبده يا ابن الزانية وأمه ميتة حرة أو قال لابنه أو لابن ابنه وان سفل بعد وفاة أمه يا ابن الزانية وهو قول الشافعى وأحمد ورواية عن مالك والمشهور عنه ان للابن أن يطالب أباه بقذف أمه وهو قول أبى ثور وابن المنذر لاطلاق آية فاجلدوهم ولانه حد هو حق الله فلا يمنع

موجود فى الولد الكافر والمملوك لان النسبة لا تنقطع بالرق والكفر بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه فانه من لا يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان فى المنسوب الى الزنا قال (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ولا للابن أن يطالب أباه) أو جده وان علا (بقذف أمه) وجدته وان علت ولا أمه ولا جدته وان علت بقذف نفسه

الارث غير مفيد له فى هذا المقام لانه لو كان طريقه الارث أيضا لم يكن له أن يخاصم لان المانع عن الارث موجود وهو الكفر أو الرق وقيل تحرير كلامه أن الحد إما أن يجب فى هذه الصورة على القاذف لقذفه أم المقذوف أو لقذف نفس هذا الابن الكافر لا جائز أن يكون لاجل أمه لان الحد لا يورث ولا أن يكون لاجل نفسه لانه ليس بمحصن وهو كما ترى (ولنا أنه عيره بقذف محصن) وهو ظاهر لان فرض المسئلة فيه وكل من عير بقذف محصن جاز أن يأخذ بحده لانه تعيير على الكمال فيقتضى زاجرا وأشار المصنف الى هذا الكلام بقوله (وهذا لأن الاحصان فى الذى ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده) فجاز له أن يأخذ بالحد فان قيل جاز أن يكون المانع موجودا فلا يترتب الحكم على المقتضى أجاب بقوله (والكفر لا ينافى أهلية الاستحقاق) أى استحقاق أهلية الخصومة لان استحقاقها باعتبار لحوق الشين وذلك

لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له أن يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع (ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل (ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي) عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود من شرع الزاجر إخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد

من اقامته قرابة الولاد وقال مالك اذا حد الأب سقطت عدالة الابن لمباشرته سبب عقوبة أبيه مع قوله تعالى فلا تقل لهما أف والجواب أن الاطلاق أو العموم مخرج منه الولد على سبيل المعارضة بقوله تعالى فلا تقل لهما أف والمانع مقدم (ولهذا لا يقاد الوالد بولده) ولا يقطع بسرقته فانتقضت علية الحد بالاجماع على عدم القطع وصار الاصل لنا عموم الآية أعني قوله تعالى فلا تقل لهما أف وقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده وأما الاجماع على عدم القطع فلشبهة الملك للأب في المسروق فلا يرد على مالك نعم دلالة الاجماع على كونه لا يقاد به لازمة فان اهدار جنايته على نفس الولد توجب اهدارها في عرضه بطريق أولى مع أن القصاص متيقن بسببه والمغلب فيه حق العبد بخلاف حد القذف فيهما ولضعف الاستدلال بعدم القطع بسرقة مال الابن اقتصر المصنف على قوله ولهذا لا يقاد الوالد بولده وقول المصنف (لان المولى لا يعاقب بسبب عبده) استدلال على عدم اعتبار مطالبة العبد لسيده بقذف أمه قيل لان حق عبده حقه فلا يجوز أن يعاقب بسبب حق نفسه (قوله ولو كان لها) أي لزوجته الميتة التي قال لولدها بعد موتها يا ابن الزانية (ولد آخر من غيره كان له حق المطالبة) باجماع الائمة الاربعة لان لكل منهما حق الخصومة وظهر في حق أحدهما مانع دون الآخر فيعمل المقتضي عمله في الآخر ولذا لو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفا أحدهم كان للآخر المطالبة به بخلاف عفو أحد مستحقي القصاص يمنع استيفاء الآخر لان القصاص حق واحد للميت موروث للوارثين فباسقاط أحدهما بالعفو لا يتصور بقاؤه لان القتل الواحد لا يتصور تجزيه أما هنا فالحق في الحد لله تعالى ولكل ولاية المطالبة به فلا يبطل باسقاط أحدهما (فرع) يجوز التوكيل باثبات الحدود من الغائب في قول أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وكذا في القصاص لان خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل وشرط الحد لا يثبت بمثله والاجماع أنه لا يصح باستيفاء الحد والقصاص لانهما عقوبة تندرئ بالشبهات ولو استوفاه الوكيل مع غيبة الموكل كان مع احتمال انه عفا أو ان المقذوف قد صدق القاذف أو كذب شهوده ولا يخفى قصور التعليل الاول لان حقيقة العفو بعد ثبوت السبب لا يسقط الحد فاحتماله أولى (قوله ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده) فيرث الوارث الباقي فيقام له (وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص) كالقصاص (فمن هذا الوجه) أي من هذا الدليل (هو حق العبد ثم) نعلم (انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصد من شرع الزواجر كلها اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع) اذ لم يختص بهذا انسان دون غيره (وبكل) من حق الله وحق العبد في حد القذف (تشهد الاحكام) فباعتباره حقا للعبد شرطت الدعوى في اقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم ويجب على المستأمن ويقيمه القاضي

(لان المولى لا يعاقب بسبب عبده) قال صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فلما لم يجب القصاص والمغلب فيه حق العبد وسببه متيقن به فلأن لا يجب حد القذف والمغلب فيه حق الله وسببه وهو القذف غير متيقن به لجواز أن يكون صادقا فيما نسبه اليه أولى وقوله (ولو كان لها ابن من غيره) واضح وقوله (وبكل ذلك تشهد الاحكام) أما الاحكام التي تدل على أنه حق العبد فهو أنه يستوفى بالبينة بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار وكذلك لا يستوفى الا بخصومة وانما يستوفى بخصومة ما هو حقه بخلاف السرقة فان خصومته هنالك للمال دون الحد حتى لو بطل الحد لمعنى الشبهة لا يبطل المال ويقام هذا الحد على المستأمن وانما يؤخذ المستأمن بما هو من حقوق العباد ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وحد السرقة وشرب الخمر حتى ان رجلا لو ثبت عليه باقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقء عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لانه محض حق العبد وحق العبد مقدم في الاستيفاء لما يلحقه من الضرر بالتأخير لانه يخاف الفوت والله تعالى لا يفوته شئ ثم اذا برئ من ذلك يقام عليه حد القذف وأما الاحكام التي تشهد على أنه حق الله تعالى فهي أن الاستيفاء الى الامام والامام انما يتعين نائبا في استيفاء حق الله تعالى وأما حق العبد فاستيفاؤه اليه ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند السقوط وقوله (لان ما للعبد من الحق الخ) قيل فيه نظر لانه يلزم أن لا يكون حق العبد غالبا اذا اجتمع الحقان أصلا وهو خلاف الاصول والمنقول فان القصاص مما اجتمعا فيه وحق العبد غالب

واعترض بان من الاحكام ماينافى الحقين جميعا وهو أنه يسقط بموت المقذوف وشئ من الحقين لايسقط به وأجيب بأنا لانقول انه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه (١٩٨) لعدم شرطه فان الشرط خصومة المقذوف ولا يتحقق منه الخصومة بعد موته وقوله

باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ماللعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيابه ولا كذلك عكسه لانه لاولاية للعبد فى استيفاء حقوق الشرع الا بنيابة عنه وهذا هو الاصل المشهور الذى يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجرى فى حقوق العباد لا فى حقوق الشرع ومنها العفو فانه لايصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها انه لايجوز الاعتياض عنه ويجرى فيه التداخل وعنده لايجرى وعن أبى يوسف فى العفو مثل قول الشافعى ومن أصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول أظهر

بعلمه اذا علمه فى أيام قضائه وكذا لو قذفه بحضرة القاضى حده وان علمه القاضى قبل ان يستقضى ثم ولى القضاء ليس له أن يقيمه حتى يشهد به عنده ويقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة اذا اجتمعا ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به وباعتبار حق الله تعالى استوفاه الامام دون المقذوف بخلاف القصاص ولا ينقلب مالا عند سقوطه ولا يستحلف عليه القاذف ويتنصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف ولا يختلف باختلاف المتلف واذا تعارضت الجهتان ولم يمكن اهدار مقتضى إحداهما لزم اعتبارهما فيه فثبت أن فيه الحقين (الا أن الشافعى مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ماللعبد من الحق يتولى استيفاءه مولاه فيصير حق العبد مرعيا) بتغليب حق الشرع لامهدرا (ولا كذلك عكسه) أى لو غلب حق العبد لزم أن لا يستوفى حق الشرع الا بالتحكيم بجعل ولاية استيفائه اليه وذلك لايجوز الا بدليل ينصبه الشرع على انابة العبد فى الاستيفاء ولم يثبت ذلك بل الثابت استنابة الامام حتى كان هو الذى يستوفيه كسائر الحدود التى هى حقه تعالى على ماقدمناه من الاحكام فاذا ثبت ماذكرنا من الاختلاف فى هذا الاصل تفرعت فروع أخرى مختلف فيها بعد الفروع المتفق عليها الشاهدة لكل من ثبوت الجهتين منها الارث فعنده يورث وعندنا لايورث اذ الارث يجرى فى حقوق العباد لا فى حقوق الله تعالى أى انما يرث العبد حق العبد بشرط كونه مالا أو ما يتصل بالمال كالكفالة أو فيما ينقلب الى المال كالقصاص والحد ليس شيأ منها فيبطل بالموت اذ لم يثبت دليل سمعى على استخلاف الشرع وارث من جعل له حق المطالبة أو وصيه فى المطالبة التى جعلها شرطا لظهور حقه ومنها العفو فانه بعد ما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفا المقذوف عن القاذف لايصح منه ويحد عندنا ويصح عنده ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوته الا أن يقول المقذوف لم يقذفنى أو كذب شهودى وحينئذ يظهر أن القذف لم يقع موجبا للحد لا أنه وقع ثم سقط بقوله ذلك وهذا كما اذا صدقه المقذوف فانه يبطل بمعنى ظهور أن القذف لم ينعقد موجبا للحد بخلاف العفو عن القصاص يسقط بعد وجوبه لان المغلب فيه حق العبد ومنها أنه لايجوز الاعتياض عنه عندنا وبه قال مالك وعنده يجوز وهو قول أحمد ويجرى فيه التداخل عندنا وبه قال مالك حتى لو قذف شخصا مرات أو قذف جماعة كان فيه حد واحد اذا لم يتخلل حد بين القذفين ولو ادعى بعضهم فحد فى اثنائه فادعى آخرون كمل ذلك الحد وعند الشافعى لايجرى فيه التداخل وعن أبى يوسف فى العفو مثل قول الشافعى وهو أنه يصح عفو المقذوف (قوله ومن أصحابنا من قال ان الغالب فى حد القذف حق العبد الخ) وما تقدم من بيان الاصل المختلف فيه وتفريع الاحكام المختلف فيها على الخلاف فيه هو الاظهر من جهة الدليل والاشهر لانه قول عامة المشايخ وذهب صدر الاسلام أبو اليسر الى أن المغلب فيه حق العبد كقول الشافعى (وخرج الاحكام) المختلف فيها على غير ذلك أما توجيه أن حق العبد غالب فلان أكثر الاحكام تبنى عليه والمعقول يشهد له وهو أن العبد ينتفع به على الخصوص وقد نص محمد فى الاصل أن حد القذف حق العبد كالقصاص وأما تخريج الاحكام

(ومن أصحابنا من قال) يريد به صدر الاسلام أبا اليسر فانه ذكر فى مبسوطه والصحيح أن المغلب فيه حق العبد كما قال الشافعى لان أكثر الاحكام تدل عليه والمعقول يشهد له لما ذكرنا أن العبد منتفع به على الخصوص وقد نص محمد فى الاصل أن حد القذف حق العبد كالقصاص الا أنه فوض إقامته الى الامام لانه لايهتدى كل أحد الى اقامة الجلد وقوله (وخرج الاحكام) أى أجاب عن الاحكام التى تدل على أنه حق الله بجواب يوافق المذهب فقال فى التفويض الى الامام ماذكرنا أن كل أحد لايهتدى الى اقامة الجلد وقال فى عدم الارث إن عدمه لايستوجب كونه حق الله كالشفعة وخيار الشرط لان الارث يجرى فى الاعيان وأجاب عن كون القصاص يورث بأنه فى معنى ملك العين لانه ملك اتلاف العين وملك الاتلاف ملك العين عند الناس فان الانسان لايملك شراء الطعام الا للاتلاف وهو الاكل فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيملكه الوارث فى حق استيفاء القصاص وقوله (والاول) وهو أن الغالب فيه حق الله (أظهر) قال فى النهاية لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله فيه ولان عامة أصحابنا عليه فكان الاخذ بقول عامة العلماء أظهر والثانى أظهر

فانما

(قوله الا انه فوض اقامته) أقول من كلام أبى اليسر

قال (ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه) لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه فى الرجوع بخلاف ماهو خالص حق الله لانه لامكذب له فيه (ومن قال لعربى يانبطى لم يحد) لانه يراد به التشبيه فى الاخلاق أوعدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربى لما قلنا (ومن قال لرجل ياابن ماء السماء فليس بقاذف) لانه يراد به التشبيه فى الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه

فانما فوض الى الامام لان كل أحد لايهتدى الى الضرب الواجب أولانه ربما يزيد المقذوف فى قوته لحنقه فيقع متلفا وانما لايورث لانه مجرد حق ليس مالا ولا بمنزلته فهو كخيار الشرط وحق الشفعة بخلاف القصاص على ماقدمنا وانما لايصح عفوه لانه عفو عما هو مولى عليه فيه وهو الاقامة ولانه متعنت فى العفو لانه رضى بالعار والرضا بالعار عار وهذا كماترى تخريج لبعض الفروع المختلفة ثم لايخفى مافى تخريجه عدم صحة العفو اذ لايخفى أن كون المقذوف ينتفع به على الخصوص ممنوع بل فيه صيانة أعراض الناس عن خصوص القاذف وصيانة أعراض بعضهم عن بعض على العموم وأن العفو لايستلزم الرضا بالعار بل قد لايرضى الانسان بما يكرهه ولا يعاقب عليه فاعله وكونه مولى عليه انما هو فى نفس الفعل للتهمة بسبب حنقه فلا ينفى أن يعفو فلا يفعل ذلك أصلا وماذكرنا فى ترجيح تغليب حق الله تعالى أوجه مما فى الخبازية إن شاء الله تعالى وقول محمد ان وقع فى موضع أنه حق الناس فقد وقع فى آخر أنه حق الله تعالى (قوله ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه فى الرجوع بخلاف ماهو خالص حق الله تعالى لانه لامكذب له فيه) فيقبل رجوعه وأما التعليل بانه بالاقرار ألحق الشين بالغير وبالرجوع يريد أن يبطل حق الغير فالمعنى انه أثبت حق الغير ثم يريد أن يبطله فلا يقبل منه فيشكل عليه الرجوع فى الاقرار بحق الله تعالى وكونه ألحق الشين لاأثر له بل الحاصل أنه لما ألحق الشين ثبت حق الآدمى فلا يقبل ابطاله فالحاق الشين تأثيره فى اثبات حق الآدمى ليس غير ثم امتناع الرجوع ليس الا لتضمنه ابطال حق الغير (قوله ومن قال لعربى يانبطى) أو قال لست بعربى (لايحد) وكذا اذا قال لست من بنى فلان وقال مالك يحد اذا نوى الشتم وعنه اذا قال ياروى لعربى أو فارسى أو يافارسى لرومى أو عربى أو ياابن الخياط وليس فى آبائه خياط يحد قلنا العرف فى مثله أن يراد نفى المشابهة فى الاخلاق أو عدم الفصاحة وأما قذف أمه أو جدته من جداته لابيه فلا يخطر بالبال فلذا أطلقوا نفى الحد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب أو الرضا وهذا لان النسبة الى الاخلاق الدنية مما يشتم به فاذا لم يتعارف مثله فى القذف أصلا يجعل فى الغضب شتما بهذا القدر ولان النبطى قد يراد به النسبة الى المكان على ماقال فى ديوان الادب النبط قوم ينزلون بسواد العراق فهو كما قال يارستاقى ياريفى فى عرفنا أى ياقروى لايحد به وقال الفقيه أبو الليث النبطى رجل من غير العرب (قوله ومن قال لرجل ياابن ماء السماء فليس بقاذف) وكذا اذا قال ياابن مزيقياء وياابن جلا لأن الناس يذكرون هذه لقصد المدح فماء السماء لقب به عامر بن حارثة الغطريف الازدى لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كماء السماء عطاء وجودا ومزيقياء لقب به ابنه عمرو لانه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما فيكره أن يعود الى لبسهما ويكره أن يلبسهما غيره وهو من ملوك غسان وعلى هذا فالانسب أن يكون قول القائل ياابن مزيقياء للذم بالسرف والاعجاب لكن عرف العامة فى مثله أنه جوده وقد لقب بماء السماء أيضا للحسن والصفاء وبه لقبت أم ابن المنذر بن امرئ القيس لذلك وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير

ولازمت الملوك من آل نصر * وبعدهم بنى ماء السماء

وجمع المصنف بينهما حيث قال لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه وأما جلا فقد استعمل مرادا به انسان فى قول سحيم

وقوله (ومن أقر بالقذف) من الاحكام التى تشهد بكونه حق العبد وقوله (ومن قال لعربى يانبطى) ظاهر والنبط جيل من الناس بسواد العراق وسئل ابن عباس رضى الله عنهما عن رجل قال لقرشى يانبطى فقال لاحد عليه وقوله (لما قلنا) يعنى قوله لانه يراد به التشبيه الخ وقوله (لان ماء السماء لقب به) أى بهذا اللفظ وماء السماء هو لقب أبى المزيقياء والمزيقياء هو عمرو بن عامر لقب بالمزيقياء لانه كان يمزق فى كل يوم حلتين يلبسهما ويكره أن يعود فيهما ويأنف أن يلبسهما غيره وأبوه عامر بن حارثة الازدى كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا

قوله (هو عمرو بن عامر) أقول هو من ملوك غسان

وقوله (واسمعيل كان عماله) أى ليعقوب فان اسمعيل واسحق ابنا ابراهيم و يعقوب ابن اسحق فكان اسمعيل عماله فأدخلوه تحت الآباء فدل على أن العم يسمى (٢٠٠) أبا قال (ومن قال لغيره زنأت فى الجبل) بالهمز (وقال عنيت صعود

(وان نسبه الى عمه أو خاله أو الى زوج أمه فليس بقاذف) لان كل واحد من هؤلاء يسمى أبا أما الاول فلقوله تعالى نعبد إلهك وإله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحق واسمعيل كان عماله والثانى لقوله عليه السلام الخال أب والثالث للتربية (ومن قال لغيره زنأت فى الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يحد) لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب * وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل * وذكر الجبل يقرره مرادا

انا ابن جلا وطلاع الثنايا * متى أضع العمامة تعرفونى

وكلام سيبويه يفيد أنه ليس علماله بل وصف حيث قال جلا هنا فعل ماض كأنه قال انا ابن الذى جلا أى أوضح وكشف وأما قول القلاخ * أنا القلاخ بن جناب بن جلا * فيحتمل كونه علما للقبا وكونه وصفا أيضا ثم انه انما يراد به التشبيه فى كشف الشدائد وإماطة المكاره فلا يكون قذفا هذا وقد ذكر أنه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء يعنى وهو معروف يحد فى حال السباب بخلاف ما اذا لم يكن فان قيل اذا كان قد سمى به وان كان للسخاء والصفاء فينبغى فى حالة الغضب أن يحمل على النفى لكن جواب المسئلة مطلق فالجواب انه لما لم يعهد استعماله لذلك القصد يمكن أن يجعل المراد به فى حالة الغضب التهكم به عليه كما فى قوله لست بعربى لما لم يستعمل فى النفى يحمل فى حالة الغضب على سبه بنفى الشجاعة والسخاء عنه ليس غير (قوله وان نسبه لعمه أو خاله أو زوج أمه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى أبا فالاول) وهو تسمية العم أبا (لقوله تعالى واله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحق واسمعيل كان عماله) أى ليعقوب عليهم الصلاة والسلام (والثانى لقوله عليه الصلاة والسلام الخال أب) قالوا هو غريب غير أن فى كتاب الفردوس لابى شجاع الديلمى عن عبد الله بن عمر مرفوعا الخال والد من لا والد له (والثالث للتربية) وقيل فى قوله تعالى ان ابنى من أهلى انه كان ابن امرأته (ومن قال لغيره زنأت فى الجبل وقال عنيت صعدت الجبل) والحالة حالة الغضب وسيظهر أن هذا القيد مرادا لا يصدق (ويحد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب * وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل *) والزنا وان كان يهمز فيقال زنأ على ما سلف لكن ذكر الجبل يقرر الصعود مرادا وقوله قالت امرأة من العرب هو على ما قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها * أشبه أبا أمك أو أشبه عمل * تريد عملى
ولا تكونن كهلوف وكل * يصبح فى مضجعه قد انجدل * وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل
وأما على قول شارح إصلاح المنطق فقال انما هى لرجل رأى ابناله ترقصه أمه فأخذه من يدها وقال أشبه أبا أمك الابيات وهذا الرجل قيس بن عاصم المنقرى أى كن مثل أبى أمك أو مثل عملى فحذف المضاف اليه والمراد كن مثل أبى أمك أو مثلى وكان أبو أمه شر بفا سيدا وهو زيد الفوارس بن ضرار الضبى وأمه منفوسة بنت زيد الفوارس قال فأخذته أمه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول
أشبه أخى أو أشبهن أباكا * أما أبى فلن تنال ذاكا
تقصر عن مثله يداكا * والله بالنعمة قد والاكا
والهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام مفتوحة الثقيل والوكل الذى يتكل على غيره فيما يحتاج اليه وذكر فى النهاية قوله أو أشبه جمل بالجيم وقال هو اسم رجل هو أبو حى من العرب وهو جمل بن سعد والو كل العيال

الجبل حد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة) واستشهد المصنف لذلك بقول الشاعر
* وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل *
قال (وذكر الجبل يقرره) أى يقرر الصعود (مرادا) تأكيدا لكون المهموز للصعود حقيقة

(قوله وأدخلوه تحت الآباء) أقول أى بنو يعقوب قال المصنف (وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل) أقول أوله
أشبه أبا أمك أو أشبه عمل *
ولا تكونن كهلوف وكل
يصبح فى مضجعه قد انجدل *
وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل
الهلوف الثقيل الجافى الذى لا خير فيه والو كل الذى يتكل على الناس فيما يحتاج اليه والمنجدل المستمد (?) على الارض يريد انه لا يستيقظ حتى يصبح قال المصنف (وذكر الجبل يقرره مرادا) أقول قال الاتقانى لانسلم لان الزنا الذى هو الفاحشة قد يقع فى الجبل أيضا اه وهذا هو مرادهما (قوله وارق الى الخيرات) أقول أى بادر الى فعل الخيرات لترتفع بها وتذكر كما يرتأ المرتقى فى الجبل (قوله زنأ) أقول أى صعودا (قوله تأكيدا لكون المهموز الخ) أقول حيث قال يقرر دون يعين

على

وقوله (ولهما انه يستعمل الخ) واضح وقيل كلامه يشير الى أن المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود وحالة الغضب والسباب تعين أحد المحتملين عندهما وعند محمد انه حقيقة في الصعود مجاز في الفاحشة وحينئذ يترجح قوله لان اللفظ اذا دار بين كونه مشتركا وحقيقة ومجازا فالثاني يترجح على الاول لعدم اخلاله بالفهم ولان الباب باب الحد فيحتال للدرء وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله اذا كان مقرونا بكلمة على وقوله (للمعنى الذي ذكرنا) اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا (قوله ومن قال لآخر يا زاني) ظاهر واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني بأن المراد بالاول هو قوله يا زاني وما ثمة خبر أصلا والجواب ان المراد بالخبر الجزء وحينئذ يستقيم الكلام لان الخبر جزء أخص فيجوز ان يستعار للاعم

ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا أيضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زاني أو قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه (ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل أنت فانهما يحدان) لان معناه لا بل أنت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني

على غيره (ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزا أيضا) على ما أسلفنا (لان من العرب من يهمز الملين) أي اللين في غير التقاء الساكنين كقول العجاج * وخندف هامة هذا العألم * ومنه قوله

* صبرا فقد هيجت شوق المشتئق * لانه اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز وأما نحو قطع الله أديه أي يديه فالتمثيل به بناء على أن المراد بحرف اللين أو الملين حرف العلة لكن الاصطلاح على أنه حرف العلة بقيد السكون وقد يهمزون في الالتقاء على حده وان كان على خلاف الجادة يقال أبة وشأبة وقرئ ولا الضألين شاذا وان كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة وبمعنى الصعود فحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا وهذا ما ذكرنا من أنه سيظهر إرادة قيد الغضب في جواب المسئلة فكان كما لو قال يا زاني أو زنأت فانه يحد اتفاقا وقوله (وذكر الجبل يعين الصعود مرادا) قلنا انما يعين ذلك اذا كان مقرونا بكلمة على فيقال زنأت على الجبل ولا يخفى انه مما يمنع بل يقال زنأت في الجبل بمعنى صعدت ذكره في الجمهرة وغيرها والبيت المذكور معلوم أن المراد فيه ليس الا الصعود وهو بلفظة في بل الجواب منع أن ذكر الجبل يعين الصعود فان الفاحشة قد تقع في الجبل أي في بعض بطونه وعلى الجبل أي فوقه كما قد تقع على سطح الدار ونحوه فلم يكن ذكره قرينة مانعة من ارادة الفاحشة فبقي الاحتمال بحاله وترجح ارادة الفاحشة بقرينة حال السباب والمخاصمة (ولو قال زنأت على الجبل) والباقي بحاله أي في حال الغضب (قيل لا يحد لما قلنا) آنفا ان ذكر لفظة على تعين كون المراد الصعود (وقيل يحد) للمعنى الذي ذكرناه وهو حالة الغضب والسباب وهو الاوجه وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحالة الغضب أن في حالة الرضا لا يجب الحد اذ لا يجب بالشك بل لا داعي فالظاهر عدم ارادة السب (قوله ومن قال لآخر يا زاني فقال له الآخر لا بل أنت فانهما يحدان) اذا طالب كل منهما الآخر لانهما قاذفان واذا طالب كل الآخر وأثبت ما طالب به عند الحاكم لزمه حينئذ حق الله تعالى وهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من اسقاطه فيحد كل منهما بخلاف ما لو قال له مثلا يا خبيث فقال له بل أنت تكافآ ولا يعزر كل منهما للآخر لان التعزير لحق الآدمي وقد وجب له عليه مثل ما وجب للآخر فتساقطا أما كون الاول قاذفا فظاهر وأما الثاني فلان معناه لا بل أنت زان ولذا لو كان المجيب عبدا حد هو خاصة لانه قاذف بقوله بل أنت والحر وان كان قاذفا أيضا لكن لا يحد بقذف العبد قال المصنف (اذ هي) يعني بل (كلمة عطف يستدرك بها الغلط) يعني في التراكيب الاستعمالية (فيصير الخبر المذكور في الاول) أي في التركيب الاول اذا كان خبريا (مذكورا في الثاني) فاذا قال زيد قام أو قام زيد لا بل عمرو فقد وضع عمرا في التركيب الاول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المتأخر أو المتقدم خبرا عنه ولم يرد بالاول

(قوله وحينئذ يترجح قوله) أقول يعني يترجح قول محمد رحمه الله (قوله فالثاني يترجح على الاول) أقول نعم اذا لم يقم دليل على الاول وهنا الدليل موجود وهو قوله لان من العرب الخ فتأمل قال المصنف (ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا) أقول من انه يتعين الصعود بالارادة اذا كان مقرونا بكلمة على قال الامام السرخسي في مبسوطه وكذلك اذا قال زنأت على الجبل يلزمه الحد وكذلك اذا قال زنأت في الجبل الا أن محمدا يقول أهل اللغة اذا استعملوا الكلمة بمعنى الصعود يصلونه بحرف في لا حرف على اه فيه تأمل قال المصنف (وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه) أقول فهذا القائل لا يسلم تعيين الصعود حين المقارنة بكلمة على الا في حالة غير السباب فليتأمل (قوله واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور الى قوله وما ثمة خبر أصلا) أقول الاعتراض للاتقاني الا انه يجوز أن يقال قوله يا زاني يتضمن معنى قوله أنت زان فمراده بالخبر المذكور في الاول هو الخبر المذكور ضمنا بل نقول ليس مراد القائل حقيقة النداء بل الحكم عليه بأنه زان فهو مستعمل فيه بقرينة الحال فلا اشكال

(ومن قال لامرأته يازانية فقالت لابل أنت) على ماذكره فى الكتاب ظاهر (قوله لان المحدود فى القذف ليس بأهل اللعان) دليله ان أهلية اللعان تعتمد أهلية الشهادة واقامة حد القذف تبطل أهلية شهادة المحدود فى القذف وقوله (ولا ابطال فى عكسه أصلا) يعنى لو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف عن المرأة لان احصان الرجل لا يبطل بجريان اللعان بينهما غاية مافى

الباب أن اللعان فى حق الرجل قائم مقام حد القذف ولكن لا يخرج به عن ان يكون عفيفا عن فعل الزنا فيجب حد القذف على المرأة احتيالا لدرء اللعان الذى هو بمعنى الحد وقوله (ولو قالت زنيت بك) يعنى فى جواب قوله لها يازانية وقوله (وانعدامه) أى انعدام التصديق من الزوج وقوله (ويحتمل انها أرادت زناى ما كان معك بعد النكاح) اعترض عليه بأن الوطء بعد النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح محملا وأجيب بأن الزنا يطلق على ذلك بطريق المشاكلة كما فى قوله تعالى بل يداه مبسوطتان حملها على ذلك التركيب فرط غيظها باطلاق تلك الكلمة وعلى هذا الاعتبار لا تكون مصدقة لزوجها فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد على المرأة ففى حال لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج وفى حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان فوقع الشك وجاء ماقلنا انه لا حد ولا لعان

(ومن قال لامرأته يازانية فقالت لابل أنت حدت المرأة ولا لعان) لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد وفى البداءة بالحد إبطال اللعان لان المحدود فى القذف ليس بأهل له ولا ابطال فى عكسه أصلا فيحتال للدرء اذ اللعان فى معنى الحد (ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان) معناه قالت بعد ماقال لها يازانية لوقوع الشك فى كل واحد منهما لانه يحتمل انها أرادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل أنها أرادت زناى ما كان معك بعد النكاح لانى مامكنت أحدا غيرك وهو المراد فى مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ماقلنا (ومن أقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن) لان النسب لزمه باقراره وبالنفى بعده صار قاذفا فيلاعن (وان نفاه ثم أقر به حد) لانه لما أكذب نفسه بطل اللعان

لفظ يازانى بل هو اعطاء النظير معنى أى هى كذا كزنا واذا كانت كذلك فيصير واصفا المتكلم الاول بما وصفه به وأخبر عنه به معنى لان يازانى فى معنى أدعوك وأنت زان (قوله ومن قال لامرأته يازانية فقالت لابل أنت حدت المرأة خاصة) اذا ترافعا (ولا لعان لانهما قاذفان وقذف الرجل زوجته يوجب اللعان وقذفها اياه يوجب الحد عليها) والاصل ان الحدين اذا اجتمعا وفى تقديم أحدهما اسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالا للدرء واللعان قائم مقام الحد فهو فى معناه وبتقديم حد المرأة يبطل اللعان لانها تصير محدودة فى قذف واللعان لا يجرى بين المحدودة فى القذف وبين زوجها لانه شهادة ولا شهادة للمحدود فى القذف وبتقديم اللعان لا يسقط حد القذف عنها لان حد القذف يجرى على الملاعنة ولهذا لو قال لها يازانية بنت الزانية فخاصمته الام فحد سقط اللعان لانه شهادة فلو خاصمت المرأة أولا لاعن القاضى بينهما فاذا خاصمت الام بعده حد للقذف فقدمنا الحد درأ للعان الذى هو فى معناه (ولو) كانت (قالت) فى جواب قوله يازانية (زنيت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك فى كل منهما لانه يحتمل انها أرادت الزنا قبل النكاح) فتكون قد صدقت فى نسبتها الى الزنا فيسقط اللعان وقذفته حيث نسبته الى الزنا ولم يصدقها عليه وهذا معنى قوله (وانعدامه منه) أى انعدام التصديق منه فيجب الحد دون اللعان (ويحتمل انها أرادت زناى ما كان من تمكينى اياك بعد النكاح) وهذا كلام يجرى بين الزوجين فى العادة مجرى مجاز المشاكلة مثل قوله وجزاء سيئة سيئة مثلها فان فعلها معه بعد الزوجية ليس زنا كما ان الجزاء ليس سيئة ولكن أطلق عليه اسمه للمشاكلة حين ذكر معه وعلى هذا لا حد عليها لانها لم تقذفه ويجب اللعان لانه قذف زوجته فعلى تقدير يجب الحد دون اللعان وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد والحكم بتعين أحد التقديرين بعينه متعذر فوقع الشك فى كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك وهذا معنى قوله (فجاء ماقلنا) أى من انه لا حد ولا لعان ولولا أن مثل قولها معلوم لوقوع من المرأة على كل من القصدين عند ابتدائها اياه بالاغاظة لوجب حدها البتة عينا بقذفها اياه اذ النسبة الى الزنا تنصرف الى الحقيقة ومذهب الشافعى فى مسئلة الكتاب ان تحلف الزوجة انها لم ترد الاقرار بالزنا ولم ترد قذفه ويكتفى بيمين واحدة فى وجه وعلى الزوج الحد دونها لان هذا منها ليس اقرارا صحيحا بالزنا وبقولنا قال أحمد ولو ابتدأت الزوجة فقالت لزوجها زنيت بك ثم قذفها الزوج لا حد عليه ولا لعان وهذا ظاهر (قوله ومن أقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن فان النسب لزمه باقراره وبالنفى بعده صار قاذفا لزوجته فيلاعن) وان نفاه أولا ثم أقر به قبل اللعان يحد لانه لما أكذب نفسه بطل اللعان الذى كان وجب بنفيه للولد

لان

(قوله غاية مافى الباب ان اللعان الخ) أقول كما مر فى باب اللعان قال المصنف (وهو المراد فى مثل هذه الحالة) أقول أى يجوز ارادته وانما قال لدفع ماعسى يقال انه لا مجال لتلك الارادة لان ما كان معه بعد النكاح وطء حلال ليس زنا

قوله (لانه) أى اللعان (حد ضرورى صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف) لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية (واذا بطل التكاذب) باكذاب الرجل نفسه (يصار الى الاصل والولد ولده فى الوجهين) أى فى الوجه الذى أقر ثم نفى وعكسه قوله (لاقراره به سابقا أولاحقا) أى لاقرار الزوج بالولد سابقا على النفى فيما اذا أقر ثم نفى أولاحقا فيما اذا نفاه ثم أقر به وقوله (واللعان يصح بدون قطع النسب) جواب عما يقال ان سبب اللعان هنا هو نفى الولد فلما لم ينتف الولد وجب ان لا يجرى بينهما اللعان لان بطلان المتضمن يقتضى بطلان المتضمن ووجهه ان قطع النسب ليس من ضرورة اللعان فاعتبر كل واحد منهما أى من نسبته الى الزنا ومن نفى الولد منفصلا عن الآخر فصار كانه نسبها الى الزنا من غير نفى الولد بأن قال يازانية وفيه اللعان فكذا ههنا ألا ترى أنه اذا تطاولت مدة ولادة منكوحته على حسب مااختلفوا فيه ثم قال ليس بابنى فانه يلاعن مع ان سبب اللعان نفى الولد ولم ينتف الولد لانه صار بمنزلة قوله أنت زانية قوله (وان قال ليس بابنى ولا بابنك) ظاهر وقوله (أوقذف الملاعنة بولد) بفتح العين كذا نقله صاحب النهاية بخط شيخه ويجوز أن يكون بكسر العين ومعناه التى لاعنت بولد كذا فى الكافى وقوله (بولد) يتصل بالملاعنة وقوله (ففاتت العفة نظرا اليها) أى الى امارة الزنا (وهو) أى العفة وذكره نظرا الى قوله شرط ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف على القاذف وهى فائتة فلا يجب الحد

لانه حد ضرورى صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل وفيه خلاف ذكرناه فى اللعان (والولد ولده) فى الوجهين لاقراره به سابقا أولاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد (وان قال ليس بابنى ولا بابنك فلا حد ولا لعان) لانه أنكر الولادة وبه لا يصير قاذفا (ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أوقذف الملاعنة بولد والولد حى أو قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه) لقيام أمارة الزنا منها وهى ولادة ولد لا أب له ففاتت العفة نظرا اليها وهى شرط الاحصان

(لان اللعان حد ضرورى صير اليه ضرورة التكاذب) بين الزوجين فى زنا الزوجة (والاصل فيه) أى فى اللعان ماهو الا (حد القذف) لانه قذفها (فاذا بطل) الحلف ببطلان (التكاذب صير الى الاصل) فيحد الرجل وقوله (وفيه خلاف ذكرناه فى اللعان) الذى ذكره فى اللعان انه اذا أكذب نفسه بعد اللعان بنفى الولد وتفريق القاضى حده القاضى وحل له ان يتزوجها وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هو تحريم مؤبد وقوله (والولد ولده فى الوجهين) أى ما اذا أقر بالولد ثم نفاه وما اذا نفاه أولا ثم أقر به (لاقراره به سابقا) فيثبت ولا ينتفى بما بعده (أولاحقا) فى الثانية فيثبت به بعد النفى وقوله (واللعان يصح بدون قطع النسب الخ) جواب سؤال هو أن يقال ان سبب اللعان ليس الا نفى الولد فان لم ينتف كيف يجب اللعان فقال ليس من ضرورة اللعان بنفى الولد قطع النسب الا يرى أنه لو نفاه بعد ان تطاولت المدة بعد الولادة فانه يلاعن ولا يقطع النسب (كما يصح بلا ولد) أصلا بأن قذفها بالزنا ولا ولد فانه يلاعن ولا ولد هنالك يقطع نسبه وأما أنه لو نفى نسب ولد امرأته الامة فانه ينتفى النسب فيثبت انفكاك اللعان عن قطع النسب من الجانبين فصحيح لكن لا دخل له فى الجواب (قوله وان قال) أى الزوج الذى جاءت زوجته بولد (ليس بابنى ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه) اذا أنكر انه ابنها (أنكر الولادة) فكان نفى كونه ابنه لنفى ولادتها اياه وبنفى ولادتها لا يصير قاذفا لانه انكار للزنا منها (قوله ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أوقذف الملاعنة بولد والولد حى) وقت القذف أو ميت (فلا حد عليه) أما لو قذف ولد الملاعنة نفسه أو ولد الزنا فانه يحد ولو أنه بعد اللعان ادعى الولد فحد أو لم يحد حتى مات فثبت نسب الولد منه فقذفها بعد ذلك قاذف غيره أو هو قبل موته حد ولا يحد الذى قذفها قبل تكذيب نفسه وكذا لو قامت البينة على الزوج أنه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب منه ويحد ومن قذفها بعد ذلك يحد لانها خرجت عن صورة الزوانى ولو قذفها الزوج فرافعته وأقامت بينة انه أكذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم أو بمعاينة وجه عدم الحد فى ذات الاولاد قيام امارة الزنا منها وهى ولادة ولد لا أب له ففاتت العفة نظرا اليها أى الى الامارة (وهى) أى العفة (شرط) واعلم انه ان صح مارواه الامام أحمد وأبو داود فى حديث هلال بن أمية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يدعى ولدها لاب ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه

قال المصنف (واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد) أقول فى الكافى وينتفى النسب بدون اللعان كما لو نفى نسب امرأته الامة ينتفى النسب ولا يجرى اللعان اهـ فانفك اللعان عن قطع النسب وجودا وعدما (قوله على حسب مااختلفوا فيه) أقول كما مر فى باب اللعان (قوله ومعناه التى لاعنت بولد كذا فى الكافى) أقول يعنى فى الكافى للنسفى (قوله ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف الخ) أقول لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية

وقوله (ولوقذف امرأة لاعنت بغيرولد) ظاهر فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقها فقد وجد امارة الزنا منها فينبغى أن يسقط الحد عن القاذف نظرا الى هذا قلنا بلى لكنه قائم مقام حد القذف فى جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقى القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف قال صاحب النهاية و وجدت بخط شيخى فى جواب هذه الشبهة قلنا نعم ان اللعان فى جانبها قائم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت هى محصنة بالنسبة الى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها قال (ومن وطئ وطأ حراما فى غير ملكه) اعلم ان الوطء الحرام بالقسمة الاولية على نوعين أحدهما حرام لعينه والآخر لغيره والاول منشأ حرمته شيآن حصوله فى غير الملك من كل وجه كوطء الاجنبية أو من وجه كوطء الجارية المشتركة بينه و بين غيره وحصوله فى امرأة هى حرام على الواطئ حرمة مؤبدة كوطء أمته وهى أخته من الرضاع وماسوى ذلك فهو من النوع الثانى كوطء أمته المجوسية و وطء أمته الاختين والقاذف فى النوع الاول بوجهيه لا يحد حد القذف لفوات العفة وهو شرط الاحصان ولان القاذف صادق

(ولوقذف امرأة لاعنت بغيرولد فعليه الحد) لانعدام أمارة الزنا قال (ومن وطئ وطأ حراما فى غير ملكه لم يحد قاذفه) لفوات العفة وهى شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه

الحد وكذا مارواه أحمد أيضا من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ولد المتلاعنين انه يرث أمه وترثه أمه ومن رماها به جلد ثمانين أشكل على المذهب والائمة الثلاثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بلا ولد (ولوقذف امرأة لاعنت) بغيرولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت امارته فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقها فكانت كالمحدودة بالزنا فلا يحد قاذفها أجيب بأنه قائم مقام حد الزنا بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فهى محصنة فى حق غيره ألا ترى ان اللعان فى حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها لا الى غيرها حتى قبلنا شهادته ولا يعلم خلاف فى ذلك الا أن للشافعية فى وجه انه اذا قذفها أجنبى بذلك الزنا الذى لاعنت به لا يحد واعترض بأن مقتضاه أن لا يحد الزوج لوقذفها بعد اللعان لكن المنصوص فى الاصل انه يحد بل الحق انها لم يسقط احصانها بوجه وقولهم اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقها انما يقتضى ان لا يحد قاذفها لو كان معناه انه وجب عليها الحد وجعل اللعان بدله وليس كذلك لانه لا يجب الحد بمجرد دعوى الزنا عليها مع العجز عن اثباته ليسقط احصانها وانما هو ليشتفى الصادق منهما حيث يتضاعف به على الكاذب عذابه بأن يضاف الى عذاب الزنا عذاب الشهادات المؤكدة بالايمان الغموسة أو يضاف ذلك الى عذاب الافتراء والقذف بخلاف ما اذا كان بنفى الولد لان امارة الزنا قائمة فأوجبت ذلك وقد أول قولهم بما لا يشرح صدرا ولا يرفع اصرا فالحق ان كونه قائما مقام حد القذف فى حقه ظاهر غير محتاج الى تأويل وأما الجانب الآخر ففيه تساهل لا يرتفع و ورود السؤال انما هو بناء على انه كلام حقيقى على ظاهره وليس كذلك فلا وروده (قوله ومن وطئ وطأ حراما فى غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهى شرط الاحصان) شبهه بالشرط لما لم يكن بحيث يحصل عنده الاحصان بل هو مجموع أمور العفة أحدها فهو جزء مفهوم الاحصان بالحقيقة (ولان القاذف صادق) لان الوطء فى غير الملك زنا كذا قيل وهو قاصر على ما اذا قذفه بذلك الزنا بعينه أو أبهم اما اذا قذفه بغيره فانه لا يعلم صدقه فيه فيحد والحكم ليس كذلك بل المنصوص ان من قذف زانيا لا حد عليه سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو أبهم نص عليه فى أصل المبسوط خلافا لابراهيم وابن أبى ليلى وجه قولنا ان النص انما أوجب الحد على من رمى المحصنات وفى معناه المحصنين و بالزنا لا يبقى الاحصان فرميه رمى غير المحصن ولا دليل يوجب الحد فيه نعم هو محرم وأذى بعد التوبة فيعزر (والاصل

(قوله فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا) أقول كما سبق فى باب اللعان وأجاب الاتقانى عن هذا السؤال بأن معنى قولهم اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقها أن الزنا لو ثبت منها لحدت ولكن لما لم يثبت لم تحد المرأة حد الزنا ولم يحد الرجل حد القذف فأجرى اللعان بينهما فقام ذلك مقام حد الزنا فى حقها ومقام حد القذف فى حقه بآية اللعان من هذا الوجه حيث لم يحد أحد منهما وليس معناه ان اللعان كاجراء الحد ألا يرى ان التفريق بينهما انما وقع باعتبار انها محصنة لانها لو لم تعتبر محصنة لم يجر اللعان بينهما أصلا فاذن أكد اللعان احصانها فمحال أن يسقط الاحصان بما يتأكد به اه فليتأمل (قوله قلنا بلى لكنه الى قوله فتعارض الوجهان فتساقطا الخ) أقول واعترض عليه الاتقانى بأنها اذا كانت محصنة من وجه غير محصنة من وجه فجهة كونها غير محصنة تكون شبهة فى اسقاط الحد عن قاذفها لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة فينبغى على هذا ان لا يجب الحد على القاذف اه وقد مر من الشارح فى باب الشهادة على الزنا ما يقارب هذا فتذكر

أن من وطئ وطأ حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطء فى غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه وكذا الوطء فى الملك والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره وأبو حنيفة يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع أو بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد (وبيانه ان من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه) لانعدام الملك من وجه (وكذا اذا قذف امرأة زنت فى نصرانيتها) لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد

فيما يعرف به الوطء المحرم الذى يسقط الاحصان والوطء المحرم الذى لا يسقطه (ان من وطئ وطأ حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه) على قاذفه (لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه) فاذا وقع فيه كان زانيا فيصدق قاذفه فلا يكون فرية وهو الموجب للحد (وان كان) وطئ وطأ (محرما لغيره يحد) قاذفه لانه وان كان محرما ليس بزنا اذا عرف هذا فالمحرم (لعينه هو الوطء فى غير الملك من كل وجه) كوطء الحرة الاجنبية والمكرهة أعنى ان الموطوءة اذا كانت مكرهة يسقط احصانها فلا يحد قاذفها فان الاكراه يسقط الاثم ولا يخرج الفعل به من ان يكون زنا فلذا يسقط احصانها كما يسقط احصان المكره الواطئ ذكره فى المبسوط وأمة غيره (أو من وجه) كالامة المشتركة بين الواطئ وغيره وكذا الوطء فى الملك والحرمة مؤبدة كوطء أمته التى هى أخته من الرضاع ولو كانت الحرمة مؤقتة كالامة المزوجة والامة المجوسية ووطء أمتيه الاختين أو الزوجة فى حالة الحيض أو النفاس فالحرمة لغيره (وأبو حنيفة يشترط) فى ثبوت حد القاذف للواطئ فى الحرمة المؤبدة (كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع) كموطوءة أبيه بالنكاح أو بملك اليمين فلو تزوجها الابن أو اشتراها فوطئها لا يحد قاذفه وكذا اذا تزوج امرأتين لا يحل له الجمع بينهما فى عقدة أو جمع بين أختين وطأ بملك يمين أو نكاح أو بين امرأة وعمتها أو خالتها أو تزوج أمة على حرة أو جمعهما فى العقد فوطئ الامة فلا حد على قاذفه بخلاف ما لو نظر الى داخل فرج امرأة أو مسها بشهوة بحيث انتشر معه ذكره ثم تزوج بنتها أو أمها أو اشتراها فوطئها حد قاذفه عند أبى حنيفة وهو قول الائمة الثلاثة ولا يحد عندهما لتأبد الحرمة ولا اعتبار للاختلاف كما لو اشترى مزنية أبيه فوطئها فيسقط احصانه وحرمة المصاهرة بالزنا مختلف فيها بين العلماء وأبو حنيفة انما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بأن ثبتت بقياس أو احتياط كثبوتها بالنظر الى الفرج والمس بشهوة لان ثبوتها لاقامة السبب مقام المسبب احتياطا فهى حرمة ضعيفة لا ينتفى بها الاحصان الثابت بيقين بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الاب فانها ثابتة بظاهر قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص وكذا وطء الاب جارية ابنه مسقط للاحصان وقوله (أو بالحديث المشهور) مثاله حرمة وطء المنكوحة للاب بلا شهود وعلى الابن بناء على ادعاء شهرة حديث لا نكاح الا بشهود ولذا لم يعرف فيه خلاف بين الصحابة وحرمة وطء أمته التى هى خالته من الرضاع أو عمته لقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (قوله بيانه) شروع فى تفريع فروع أخرى على الاصل (اذا قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لا حد عليه لانعدام الملك من وجه) فالقاذف صادق من وجه فيندرئ الحد للشبهة المقارنة لثبوت الموجب بخلاف رجوعه فانه وان كان الرجوع يوجب شبهة فى الاقرار الاول لا يعمل ههنا فانه لما لم يقارنه بل وقع متأخرا والفرض ان بالاقرار تقرر حق آدمى لم تعمل الشبهة اللاحقة لان الشبهة اللاحقة بعد تقرر حق الآدمى لا ترفعه فلهذا لم يعتبر الرجوع عاملا فى اسقاط الحد (قوله وكذا اذا قذف امرأة زنت فى نصرانيتها) أو رجلا زنى فى نصرانيته فانه لا يحد والمراد قذفها بعد الاسلام بزنا كان فى نصرانيتها بأن قال زنيت وأنت كافرة وكذا لو قال لمعتق زنى وهو عبد زنيت وأنت عبد لا يحد كما لو قال قذفتك بالزنا وأنت كتابية أو أمة فلا حد عليه لانه انما اقر أنه قذفها

لان الزنا هو الوطء الحرام لعينه (وأبو حنيفة شرط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع) كموطوءة الاب بعد ملك النكاح أو ملك اليمين اذا اشتراها ابنه فوطئها لا يحد قاذفه (أو بالحديث المشهور) كحرمة وطء المنكوحة بلا شهود فانها ثابتة بقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بالشهود وهو مشهور وفى النوع الثانى يحد لان الحرمة فيه بعارض على وجه الزوال ألا ترى ان المجوسية اذا أسلمت أو أخرج احدى الاختين عن ملكه حل له الوطء فلم يكن زنا فيحد قاذفه وبقية كلامه ظاهر

(ولوقذف رجلا أتى أمته وهى مجوسية أوامرأته وهى حائض أومكاتبة له فعليه الحد) لان الحرمة مع قيام الملك وهى مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن أبى يوسف ان وطء المكاتبة يسقط الاحصان وهوقول زفر لان الملك زائل فى حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذهى مؤقتة (ولوقذف رجلا وطئ أمته وهى أخته من الرضاعة لايحد) لان الحرمة مؤبدة وهذا هوالصحيح (ولوقذف مكاتبا مات وترك وفاء لاحد عليه) لتمكن الشبهة فى الحرية لمكان اختلاف الصحابة (ولوقذف مجوسيا تزوج بأمه ثم أسلم يحد عند أبى حنيفة وقالا لاحد عليه) وهذا بناء على ان تزوج المجوسى بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقدمر فى النكاح (واذادخل الحربى دارنا بأمان فقذف مسلما حد) لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع فى أن لايؤذى فيكون ملتزما أن لايؤذى وموجب اذاه الحد (واذاحد المسلم فى قذف سقطت شهادته وان تاب) وقال الشافعى تقبل اذاتاب وهى تعرف فى الشهادات

فى حال لوعلمناه منه صريح القذف لم يلزم حده لان الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام الجلد عليه حدا بخلاف الرجم على مامر ولايسقط الحد بالاسلام وكذا العبد ولافرق بين من بحيث يقام عليه الحد أولا حتى ان الكافر الحربى اذا زنى فى دار الحرب ثم أسلم فقذفه لايحد لان الزنا تحقق منه وان لم يقم عليه الحد فيكون قاذفه صادقا وانما ارتفع بالاسلام الاثم دون حقيقة الزنا (ولوقذف رجلا أتى أمته وهى مجوسية) أومزوجة أو المشتراة شراء فاسدا (أوامرأته وهى حائض) أومظاهر منها أوصائمة صوم فرض وهوعالم بصومها (أومكاتبته فعليه الحد) لان الشراء الفاسد يوجب الملك بخلاف النكاح الفاسد لايثبت فيه ملك فلذا يسقط احصانه بالوطء فيه فلا يحد قاذفه (لان الحرمة) فى كل من هذه التقادير (مؤقتة) مع قيام الملك فكانت فيها لغيره فلم يكن زنا لان الزنا ما كان بلا ملك قال تعالى الا على أزواجهم أوماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين (وعن أبى يوسف أن وطء المكاتبة يسقط الاحصان وهوقول زفر لان الملك زائل فى حق الوطء ولهذا يلزم السيد العقر) لها ولو بقى الملك شرعا من وجه لما لزمه وان حرم كوطء أمته المجوسية والحائض ونحن نقول ان قلتم ان ملك الذات انتفى من وجه كالمشتركة فممنوع وان عنيتم ان ملك الوطء انتفى سلمناه ولا يستلزم ثبوت الحد كالامة المجوسية فثبت ان الحرمة لغيره اذهى مؤقتة ووجوب العقر لايدل على سقوط الاحصان كالراهن اذاوطئ أمته المرهونة وهى بكر يلزمه العقر ولايسقط الاحصان ذكره فى المبسوط (ولوقذف رجلا وطئ أمته وهى أخته من الرضاع لايحد لان الحرمة مؤبدة) وقوله (وهذا هوالصحيح) احترازعن قول الكرخى فانه يقول بوطئها لايسقط الاحصان وهوقول مالك وأحمد والشافعى رحمهم الله لقيام الملك فكان كوطء أمته المجوسية وجه الصحيح أن الحرمة فى المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها فكانت مؤقتة أما حرمة الرضاع لايمكن ارتفاعها فلم يكن المحل قابلا للحل أصلا فكيف يجعل لغيره (قوله ولوقذف مكاتبا مات وترك وفاء لاحد عليه لتمكن الشبهة) فى شرط الحكم وهو الاحصان لاختلاف الصحابة فى أنه مات حرا أوعبدا فأورث شبهة فى احصانه وبه يسقط الحد ولا يعلم فيه خلاف بين من يعتبر الحرية من الاحصان (قوله ولوقذف مجوسيا تزوج بأمه الخ) يعنى لوتزوج مجوسى بأمه أوأخته أو بنته (ثم أسلم) ففسخ نكاحهما فقذفه مسلم فى حال اسلامه يحد عند أبى حنيفة بناء على مامر من أن أنكحتهم لها حكم الصحة عند أبى حنيفة (وقالا لايحد) بناء على أن ليس لها حكم الصحة وقولهما قول الائمة الثلاثة وقدمر فى كتاب النكاح فى باب نكاح أهل الشرك (قوله واذادخل الحربى دارنا بأمان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع فى أن لايؤذى فيكون ملتزما بالضرورة ان لايؤذى) وفى بعض النسخ طمع ان لايؤذى فكان ملتزما موجب أذاه وهو الحد (قوله واذاحد المسلم فى قذف سقطت شهادته وان تاب)

وقوله (وهذا هوالصحيح) احترازعن قول الكرخى فانه يقول بوطئها لايسقط احصانه لان حرمة الفعل مع قيام الملك الذى هوالمبيح لايسقط احصانه كوطء امرأته الحائض أوالمجوسية أوالتى ظاهر منها أوالمحرمة أوامته التى زوجها وهى فى عدة من غيره لان ملك الحل قائم ببقاء سببه ووجه ظاهر الرواية أن بين الحل والحرمة تنافيا فمن ضرورة ثبوت أحدهما ينتفى الآخر والحرمة المؤبدة ثابتة فينتفى الحل وقوله لان ملك الحل قائم ببقاء سببه قلنا السبب لايوجب الحكم الافى محل قابل له واذا لم يكن المحل قابلا للحل فى حقه لايثبت ملك الحل فكان فعله فى معنى الزنا وقوله (لمكان اختلاف الصحابة) يعنى فى أنه مات حرا أوعبدا على ما يجىء فى كتاب المكاتب ان شاء الله تعالى وقوله (وقدمر فى النكاح) أى فى باب نكاح أهل الشرك وقوله (فقذف مسلما حد) جواب ظاهر الرواية وعلى قول أبى حنيفة أولا لايحد لان المغلب فيه حق الله تعالى على ماذكرنا فكان بمنزلة حد الزنا ووجه ظاهر الرواية ماذكره فى الكتاب وهو واضح

وقوله (لان هـذه شهادة استفادها بعـد الاسلام فلم تدخل تحت الرد) رد بأنه انما استفاد أهلية الشهادة على المسلمين فأما على أهل الذمة فقـد كانت الاهلية موجودة وقد صارت مجروحة باقامة الحد عليه وأجيب بأنه ليس كذلك بل استفاد بالاسلام أهلية الشهادة على أهل الذمة تبعا لاهلية الشهادة على المسلمين وهذه غيرما كانت حين أقيم عليه الحـد فان تلك كانت بطريق الاصالة على أهـل الذمة وهذه بطريق التبعية للمسلمين فان أهلية الشهادة على الاشرف تقتضي أهليتها على الاخس ولقائل أن يقول سلمنا وجود المقتضى لكن المانع وهو الرد أولا موجود وقوله (بخـلاف العبد) جواب عما يقال العبد اذا قذف فضرب الحد ثم أعتق لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر اذا أسلم وكلامه ظاهر واعترض بأن المعقول هنا انعكاس حكمهما لانه لما كان الكافر شهادة في جنسه يجب أن ترد شهادته بحـد القـذف تتميما لحد القـذف ثم يدوم ذلك الرد الى ما بعد الاسلام ولما لم يكن للعبد شهادة في شيء أصلا لم ينعقد الحـد حال وجوده موجبا لرد الشهادة فكيف ينقلب موجبا للـرد بعـد ذلك والجواب أن شهادته التي كانت في جنسـه مردودة بحد القذف قبل الاسلام وبعده والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم اكتسبها بالاسلام فـلا ترد ولم نقل في العبـد بأن غير الموجب انقلب موجبا وانما توقفنا في ايجابه الى حين امكان الموجب وهـو الرد قوله (وان ضرب سوطا في قذف) ظاهر واعترض بأن المقام بعد الاسلام ان كان بعض الحـد فالمقام قبل الاسلام كـذلك فكما لا يكون رد الشهادة صـفة لما أقيم بعد الاسلام فكذلك لا يصلح أن يكون صـفة لما أقيم قبل الاسـلام بل جعله صفة لما أقيم بعـد الاسلام أولى لما أن العـلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الاخير على ما عرف في موضعه والجواب أنا لم نجعل الرد صفة لا للمقام قبل الاسلام ولا للمقام بعده وانما قلنا إن الرد صـفة للحد والحد ثمانون ولم يوجـد فلم تترتب التتمة وقيل في الجواب النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة وكل واحد منهما غير مرتب على الآخر نصا فيتعلق كل واحد منهما بما يمكن والممكن زمان النهي رد شهادة قائمة للحال فيتقيد به

(واذا حـد الكافر في قذف لم تجز شهادته على أهـل الذمة) لان له الشهادة عـلى جنسـه فترد تتمة لحده (فان أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين) لان هذه شهادة استفادها بعـد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له أصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمـام حده (وان ضرب سوطا في قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته) لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد

عندنا لان رد شهادته عنـدنا من تمـام حده خـلافا للشافعي رضي الله عنـه فعنده تقبـل شهادته اذا تاب كالتائب من الشرب وغيره من المعاصي (وهي) خلافية (تعرف في الشهادات) ان شاء الله تعالى (قوله واذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على أهل الذمة) وهـذا لان له الشهادة على جنسـه على ما عرف عندنا ورد الشهادة من تمـام حد القذف فترد شهادته عليهم (فاذا أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد) لان النص يوجب رد شهادته القائمـة وقت القـذف وليست هـذه تلك فـلم تدخل تحت الرد بخلاف ما لو ارتد المحدود ثم أسـلم لا تقبل شهادته لانه صار مردود الشهادة أبدا والردة ما زادته الا شرا فبالاسـلام لم تحـدث له شهادة بخلاف الكافر الاصلي ولهذا قبلت مطلقا على أهل الاسلام وغيرهم وبه اندفع ما قيـل ينبغي أن لا تقبل بعد الاسلام على أهل الذمـة لانها كانت موجودة قبـله وقد ردت بالقذف قلنا ان هـذه أخرى نافذة على الكل لا على أهـل الاسلام فقط أو على المسلمين وبتبعيته على الكفار وهذا بخلاف العبـد اذا حـد في قذف ثم أعتق فانه لا تقبـل له شهادة أبدا لانه لم يكن له شهادة في تلك الحالة للرق وقـد وجب الحـد عليه وهو برد شهادته مع الجلد فينصرف الى رد ما يحـدث له من الشهادة بعـد العتق هـذا ولقائل ان يقول ان مقتضى النص عـدم قبول كل شهادة له حادثة أو قائمـة لانه تعالى قال فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهـم شهادة أبدا والحادثة شهادة واقعـة في الآباد فمقتضى النص ردها والجـواب ان التكليف بما في الوسع فحينئذ كلف برد شهادته والامتثال انما يتحقق برد شهادة قائمـة ان كانت والا فيما يحـدث واذا كانت له شهادة قائمة فردت تحقق الامتثال وتم فلو حـدثت أخرى فلو ردت كان بلا مقتض اذ الموجب أخـذ مقتضاه (قوله وان ضرب) يعني الكافر (سوطا في) حد (قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له) أي للحد (والمقام بعد الاسـلام بعض الحـد) وبعض الشيء ليس هو ذلك الشيء

(قوله ولقائل أن يقول سلمنا الخ) أقول أنت خبير بأن المردود ليس هـذه الشهادة التي حدثت بعد حصول عـدالة الاسـلام (قوله فكيف ينقلب موجبا للرد الخ) أقول كمسلم زنى في دار الحرب ثم خرج لم يحد وقد سبق (قوله مردودة بحد القذف قبل الاسلام وبعده) أقول فيه شيء اذ ليست له تلك الشهادة بعد الاسـلام حتى ترد (قوله والشهادة المقبولة الخ) أقول وسيجيء ان شاء الله تعالى في باب من تقبـل شهادته ومن لا تقبـل كلام متعلق بالمقام (قوله وقيل في الجواب الخ) أقول جواب تسليم كون الرد صفة للمقام قبـل الاسلام ثم لا يخفى أن هذا الجواب غير مناسب لما في الهداية فتأمل

فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن أبي يوسف انه ترد شهادته اذا الاقل تابع للاكثر والاول أصح قال (ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله) أما الاولان فلان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني

فلم يكن رد الشهادة صفة له (وعن أبي يوسف انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول أصح) لما ذكرنا وعرف انه لو أقيم عليه الاكثر قبل الاسلام ثم أسلم وأقيم الباقي تقبل شهادته عند أبي يوسف أيضا واورد عليه كما ان المقام بعد الاسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الاسلام فينبغي أن لا يكون صفة وأيضا جعله صفة لما أقيم بعد الاسلام أولى لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الآخر أجيب بأن النص ورد بالامر بالجلد والنهي عن القبول وليس أحدهما مرتبا على الآخر فتعلق بفعل كل منهما ما يمكن والممكن رد شهادة قائمة للحال فيتقيد النهي به وهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله صفة له بل هو تقرير آخر وأصل هذا ما ذكر في الاصل والمبسوط قال لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد اذا كان عدلا ثم قال والحد لا يتجزأ فما دونه يكون تعزيرا لا حدا والتعزير غير مسقط للشهادة قال وفي هذه المسئلة عن أبي حنيفة ثلاث روايات احداها ما ذكرنا وهو قولهما والثانية اذا أقيم عليه أكثر الحد سقطت شهادته اقامة للاكثر مقام الكل وهي التي ذكرها المصنف عن أبي يوسف والثالثة اذا ضرب سوطا واحدا سقطت قال وهذه الروايات الثلاث في النصراني اذا أقيم عليه بعض الحد ثم أسلم على ما ذكر في الجامع الصغير (قوله ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله) سواء قذف واحدا مرارا أو جماعة بكلمة كقوله أنتم زناة أو بكلمات كأن يقول يا فلان أنت زان وفلان زان حتى اذا حضر واحد منهم فادعى وحد لذلك ثم حضر آخر فادعى انه قذفه لا يقام اذا كان بقذف قبل أن يحد لان حضور بعضهم للخصومة كحضور كلهم فلا يحد ثانيا الا اذا كان بقذف آخر مستأنف وحكى أن ابن أبي ليلى سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فحده حدين في المسجد فبلغ أبا حنيفة فقال يا للعجب لقاضي بلدنا أخطأ في مسئلة واحدة في خمسة مواضع الاول أخذه بدون طلب المقذوف والثاني أنه لو خاصم وجب حد واحد والثالث أنه ان كان الواجب عنده حدين ينبغي أن يتربص بينهما يوما أو أكثر حتى يخف أثر الضرب الاول والرابع ضربه في المسجد والخامس ينبغي أن يتعرف ان والديه في الاحياء أولا فان كانا حيين فالخصومة لهما والا فالخصومة للابن ومن فروع التداخل أنه لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف قذفا آخر لا يضرب الا ذلك السوط الواحد للتداخل لانه اجتمع الحدان لان كمال الحد الاول بالسوط الذي بقي وسنذكر منه أيضا فروعا نختم بها وقوله (غير مرة) يتعلق بكل واحد من الثلاثة أي من زنا غير مرة أو شرب غير مرة أو قذف غير مرة فحد مرة فهو لذلك كله مما سبق منه وعند الشافعي ان قذف جماعة بكلمة فكذلك في قول وان قذفهم بكلمات أو قذف واحدا مرات بزنا آخر يجب لكل قذف حد وعندنا لا فرق ولا تفصيل بل لا تعدد كيفما كان وبقولنا قال مالك والثوري والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وحماد وطاوس وأحمد في رواية وفي رواية كقول الشافعي الذي ذكرناه آنفا واحتجا بان مقتضى الآية ترتب الحكم على الوصف المشعر بالعلية فيتكرر بتكرره على ما عرف وفي الجديد للشافعي لا يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا ولانه حق آدمي ولنا ما ذكر من قوله (أما الاولان) وهو كل من الزنا والشرب (فلان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار) عن فعله في المستقبل (واحتمال حصوله) بالحد الواحد المقام بعد الزنا المتعدد منه والشرب المتعدد (قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني) والحدود تدرأ بالشبهات بالاجماع بخلاف ما اذا زنى فحد ثم زنى يجب حد آخر لتيقننا بعدم انزجاره بالاول والجواب عما استدل به ان الاجماع لما كان على دفع الحدود بالشبهات كان مقيدا لما اقتضته الآية من التكرر عند التكرر بالتكرر الواقع بعد الحد الاول

(وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته والاقل تابع للاكثر) فكأن الكل وجد بعد الاسلام وهو رواية عن أبي حنيفة أيضا (والاول أصح) لما ذكرنا أن النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة الخ وقوله (ومن قذف أو زنى الخ) ظاهر

بل

وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل وأما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي ان اختلف المقذوف أو المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لان المغلب فيه حق العبد عنده

بل هذا ضروري فانك علمت ان المخاطب بالاقامة في قوله فاجلدوا هم الائمة ولا يتعلق بهم هذا الخطاب الا بعد الثبوت عندهم فكان حاصل النص ايجاب الحد اذا ثبت السبب عندهم أعم من كونه بوصف الكثرة أو القلة فاذا ثبت وقوعه منه كثيرا كان موجبا لجلد مائة أو ثمانين ليس غير فاذا جلد ذلك وقع الامتثال ثم هو أيضا ترك مقتضى التكرر بالتكرر فيما اذا قذف واحدا مرة ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا فانه لا يحد مرتين وفي حد الزنا والشرب فالحق ان الاستدلال له بالآية لا يخلصه فانه يلجئ الى ترك مثلها من آية حد الزنا فيعود الى أن هذا حق آدمي بخلاف الزنا فكان المبقى اثبات انه حق الله تعالى أو حق آدمي فما ذكر المصنف أخصر وأصوب وقوله (وأما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان ملحقا بهما) لا حاجة الى الحاقه بل عين الدليل المذكور يجري فيه وهو أنه حد شرع حقا لله سبحانه وتعالى المقصود الانزجار عن الاعراض فحيث أقيم ثبتت شبهة الى آخر ما ذكر وحق العبد في الخصومة فيه دون غيره ليس غير (قوله وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب وسرق) ثم أخذ يعني وثبتت الاسباب عند الحاكم حيث تجب الحدود المختلفة كلها لاختلاف المقصود من كل جنس من أسبابها فان المقصود من حد الخمر صيانة العقول ومن حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض وثبت كل بخطاب يخصه فلو حددنا في الخمر والقذف حدا واحدا عطلنا نصا من النصوص عن موجبه

﴿فروع﴾ ثبت عليه باقراره الزنا والسرقة والشرب والقذف وفقء عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لانه محض حق العبد ثم اذا برئ أخرجه فحده القذف لانه مشوب بحقه فاذا برئ فالامام بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بحد السرقة لان كلا حق الله تعالى وهو ثابت بنص يتلى ويجعل حد الشرب آخرها فانه أضعف لانه بما لا يتلى وتقدم قول علي إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه وكلما أقام عليه حدا حبسه حتى يبرأ لانه لو خلى سبيله ربما يهرب فيصير الامام مضيعا للحدود وهو منهي عن ذلك وان كان محصنا اقتص منه في العين وضربه حد القذف ثم رجمه لان حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها القتل نفس قتل وترك ما سوى ذلك هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس والمعنى أن المقصود الزجر له ولغيره وأتم ما يكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد الا أنه يضمن السرقة لو أتلفها لانه لا يجب عليه بالاخذ وانما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد فلهذا يضمنه فيؤمر بابقائها من تركته ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير ولكن القاضي ان أراد أن يقام بحضرته يخرج من المسجد كما فعل عليه الصلاة والسلام في الغامدية أو يبعث أمينا كما فعل عليه الصلاة والسلام في ماعز ولا يستحلف في القذف اذا أنكره ولا في شئ من الحدود لانه يقضى بالنكول وهو ممتنع في الحدود لان النكول اما بذل والبذل لا يكون في الحدود أو قائم مقام الاقرار والحد لا يقام بما هو قائم مقام غيره بخلاف التعزير والقصاص فانه يستحلف على سببهما ويستحلف في السرقة لاجل المال فان نكل ضمن المال ولا يقطع لان حقيقة السرقة أخذ المال بقيد فيحلف على أخذ المال لا على فعل السرقة وعند نكوله يقضى بموجب الاخذ وهو الضمان كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت الاخذ فيضمن ولا يقطع واذا أقام المقذوف بينة بالقذف سألهما القاضي عن القذف ما هو وعن خصوص ما قال لان الرمي بغير الزنا قد يظنونه قذفا فلا بد من استفسارهم فان لم يزيدوا على قولهم قذفه لا يحد واذا شهدوا أنه قال يا زاني وهم عدول حد فان لم يعرف القاضي عدالتهم حبس القاذف حتى يزكوا لانه صار متهما بارتكاب ما لا يحل من اعراض

وذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بأن قال يا أيها الزناة أو كلمات متفرقة بأن قال يا زيد أنت زان ويا عمرو أنت زان ويا خالد أنت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا وعند الشافعي إن قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لانه حق المقذوف عنده فلا يجري فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا أن المغلب فيه حق الله وهو مشروع للزجر فيجري فيه التداخل كسائر الحقوق

الناس فيحبس لهذه التهمة ولا يكفله على ما تقدم في الزنا فارجع اليه ولا تكفل في شيء من الحدود والقصاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول ولهذا يحبسه أبو حنيفة وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد يؤخذ منه الكفيل ولهذا لا يحبس عندهما في دعوى حد القذف والقصاص ولا خلاف انه لا تكفيل بنفس الحدود والقصاص لان النيابة لا تجزى في ايفائهما والمقصود من الكفالة اقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الايفاء وهذا لا يتحقق في شيء من الحدود فأما أخذ الكفيل بنفس المدعى عليه فعند أبي حنيفة اذا زعم المقذوف أن له بينة حاضرة في المصر فكذلك لا يأخذ منه كفيلا بنفسه ولكن يلازمه الى آخر المجلس فان أحضر بينة والا خلى سبيله وعند أبي يوسف ومحمد يأخذ منه كفيلا بنفسه الى ثلاثة أيام وقالا حد القذف في الدعوى والخصومة مثل حقوق العباد وفي أخذ الكفيل بنفسه نظر للمدعي من حيث يتمكن من احضار الخصم لاقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعى عليه وأبو حنيفة يقول هذا احتياط والحدود يحتاط في درئها لا في اثباتها وكان أبو بكر الرازي يقول مراد أبي حنيفة أن القاضي لا يجبره على اعطاء الكفيل فأما اذا سمحت نفسه به فلا بأس لان تسليمه نفسه مستحق عليه والكفيل في الكفالة بالنفس انما يطلب بهذا القدر فأما ان أقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضي بالعدالة فهو كالو لم يقم أحدا ولا يلازمه الا الى آخر المجلس فان كان ظاهر العدالة حبسه اذا قال ان له شاهدا آخر يومين أو ثلاثة هذا المقدار استحسان وهذا كله عند أبي حنيفة لانه لا يرى الكفالة بالنفس في الحدود وعندهما يأخذ كفيلا بنفسه ولا يحبسه لان المقصود يحصل بذلك ولو اختلف الشاهدان على القذف في الزمان والمكان لا تبطل شهادتهما عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يمنع قبول الشهادة لانه انشاء سبب موجب للحد فالم يتفق الشاهدان على سبب واحد لا يقضى به كما لو اختلفا في اقراره بالقذف وانشائه وأبو حنيفة يقول القذف قول قد يكرر فيكون حكم الثاني حكم الاول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان كالطلاق والعتاق وهذا هو القياس في الانشاء والاقرار الا أني أستحسن هنالك لان حكم الاقرار بالقذف يخالف حكم الانشاء بدليل أن من تزوج امرأة ثم أقر أنه كان قذفها قبل النكاح عليه الحد ولو قذفها في الحال كان عليه اللعان ولو اختلفوا في اللغة التي وقع القذف بها من العربية والفارسية وغيرهما بطلت شهادتهم لان عند اختلاف اللغة يتمكن الاختلاف في الصراحة ونحوها وكذا لو شهد أحدهما أنه قال يا ابن الزانية والآخر لست لأبيك ولو شهد أحدهما انه قذفه يوم الخميس والآخر انه أقر انه قذفه يوم الخميس لا يحد ولا يقبل في اثبات القذف كتاب القاضي ولا الشهادة على الشهادة ولو قال القاذف بعد ثبوت القذف عند القاضي عندي بينة تصدق قولي أجل مقدار قيام القاضي من مجلسه من غير أن يطلق عنه ويقال له ابعث الى شهودك وذكر ابن رستم عن محمد اذا لم يكن له من يأتي بهم أطلق عنه وبعث معه بواحد من شرطه ليرده عليه وفي ظاهر الرواية لم يفتقر الى هذا لان سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له أن يؤخر الحد لما فيه من الضرر على المقذوف بتأخير دفع العار عنه والى آخر المجلس قليل لا يتضرر به كالتأخير الى أن يحضر الجلاد وعن أبي يوسف يستأنى به الى المجلس الثاني لان القذف موجب للحد بشرط عجزه عن اقامة أربعة والعجز لا يتحقق الا بالامهال كالمدعى عليه اذا ادعى طعنا في الشهود يمهل الى المجلس الثاني وجوابه ماقلنا وعرف انه لا يقبل منه الا أربعة فلو جاء بثلاثة حد هو والثلاثة قال تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم فان شهد رجلان أو رجل وامرأتان على اقرار المقذوف بالزنا يدرأ عن القاذف الحد وعن الثلاثة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكأنا سمعنا اقراره بالزنا الا أن المعتبر في الاقرار اسقاط الحد لا اقامته لان ذلك لا يمكن ولو كثرت الشهود ولو زنى المقذوف قبل أن يقام الحد على القاذف أو وطئ وطأ حراما على ماذكرنا أو ارتد سقط الحد عن القاذف

ولو

﴿فصل فى التعزير﴾ لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب أو السنة المشهورة ذكر فى هذا الفصل الزواجر التى دونها فى القدر وقوة الدليل وهو التعزير وهو تأديب دون الحد وأصله من العزر بمعنى الرد والردع والاصل فى هذا أن من قذف غيره بكبيرة ليس فيها حد مقدر يجب التعزير قال فى الفتاوى الظهيرية اعلم ان التعزير قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وقد يكون بنظر القاضى اليه بوجه عبوس ولم يذكر محمد التعزير بأخذ المال

﴿فصل فى التعزير﴾

ولو أسلم بعد ذلك لان احصان المقذوف شرط فلابد من وجوده عند اقامة الحد وكذا اذا خرس أو عته ولكن لا لزوال احصانه بل لتمكن شبهة انه لو كان ناطقا صدقه ولا يلقن القاضى الشهود ما تتم به شهادتهم فى الحدود ﴿جنس آخر﴾ تقدم ان قوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس لا حد عليه وهو من المبسوط وفى فتاوى قاضيخان قال أنت أزنى الناس أو أزنى من فلان عليه الحد ولو قال أنت أزنى منى لا حد عليه ولو قال لها يا زانية فقالت أنت أزنى منى حد الرجل وحده ولو قال لامرأة ما رأيت زانية خيرا منك لا حد عليه وكذا لو قال لامرأة وطئك فلان وطأ حراما أو فجر بك أو جامعك حراما لا حد عليه وكذا اذا قال اخبرت انك زان أو أشهدت على ذلك ولو قال زنيت وفلان معك يكون قاذفا لهما لان العادة أن لا معية حال الزنا فانصرف الى معية الفعل دون الحضور ومن قال لست لابويك لا يكون قاذفا وهو ظاهر لست لانسان لست لرجل ليس قذفا رجل قذف ولده أو ولد ولده لا حد عليه ولو قذف أباه أو أمه أو أخاه أو عمه حد قال لرجل قل لفلان بن يا زانى فان قال الرسول للمرسل اليه فلان يقول لك يا زانى لا حد على الرسول ولا على المرسل وان قال له يا زانى حد الرسول خاصة ولو قذف ميتة فصدقه ابنها ليس له ان يطالب بقذفه بعد ذلك ولو قال له يا ابن الحجام أو يا ابن الحائك لا حد عليه ولو قال لرجل يا ابنى لا حد عليه لانه تلطف وكذا لو قال يا ابن النصرانى أو يا ابن اليهودى وفى الخلاصة عن مجموع النوازل رجل قال فى ميت لم يشرب الخمر ولم يزن فقال أحرجه كرده ست لم يحد لانه ليس باشارة الى هذه الافعال ولو قال اين حه كرده ست فكذلك لانه لم يسمه ولم يكنه ولو قال وى اين حه كرده ست يكون قذفا ومعنى الاول فعل الكل ومعنى الثانى فعل هذه كلها ومعنى الثالث هو فعل هذه كلها وفى الفتاوى قال لرجلين أحدكما زان فقيل له هذا هو لاحدهما فقال لا لا حد عليه لان أصل القذف لم يقع موجبا ولو قال لجماعة كلكم زان الا واحدا يجب عليه الحد لان القذف فيه موجب للحد فكان لكل واحد ان يدعى ما لم يعين المستثنى ومن فروع تداخل حد القذف ما ذكره المصنف فى التجنيس عبد قذف حرا فاعتق فقذف آخر فاجتمعا ضرب ثمانين ولو جاء الاول فضرب أربعين ثم جاء به الآخر تمم له الثمانين لان الاربعين وقع لهما بقى الباقى أربعين ولو قذف آخر قبل ان يأتى به الثانى تكون الثمانون لهما جميعا ولا يضرب ثمانين مستأنفا لان ما بقى تمامه حد الاحرار فجاز أن يدخل فيه الاحرار وهذا ما وعدناه ولو قال لامرأة يا روسبى يحد ولو قال يا قحبة فانه يعزر

﴿فصل فى التعزير﴾ لما قدم الحدود المقدرة بالنصوص القاطعة وهى أوكد أتبعها التعزير الذى

﴿فصل فى التعزير﴾ قال الامام التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير فى آخر باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجب كل شئ صنعه الامام ليس فوقه امام مما يوجب الحد فلا حد عليه لان الاستيفاء اليه ولا يمكن أن يستوفى من نفسه واستيفاء نائبه عنه كاستيفائه بخلاف القصاص وحقوق العباد لان استيفاء ذلك الى أربابها وقال الشهيد وعلى هذا حد القذف ينبغى أن لا يجب على الامام لان المغلب فيه حق الله تعالى ذكر أبو اليسر ولهذا لو عفا لا يصح عا[ل] فى الشافى لانه بالعفو رضى بانهتاك عرضه وهذا لا يمنع وجوب الحد فانه اذا رضى بقذفه لا يمتنع وجوبه ولا يعتاض عنه ولا يورث وفى التحليف خلاف ثم ذكر وكان المغلب فيه حق العبد بدليل أنه لا يسقط بالتقادم ولا بالردة ويقيمه القاضى بعلمه ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار ويشترط فيه الدعوى ويقام على المستأمن ولا يقام للابن على الاب ولا للمولى على عبده ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وشرب الخمر فدل على ان المغلب حق العبد والاصول تشهد له فان حق الله وحق العبد اذا اجتمعا يغلب حق العبد لحاجته غير أن الامام يستوفيه دون المقذوف وان كان حقه لانه لو فوض اليه أقامه على أشد الوجوه غيظا فيتلفه وهو كالتعزير انه حق العبد واقامته للامام بخلاف القصاص فان الاستيفاء للولى لانه مقدر وبخلاف التعزير الواجب حقا لله تعالى لانه يلى اقامته كل أحد بولاية النيابة عن الله تعالى وسئل الهندوانى رجل وجد رجلا مع امرأة أيحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا وان علم انه لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طاوعته المرأة حل له قتلها أيضا قلت وهذا تنصيص منه على أن الضرب تعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وكذا القتل ثم وجدت المسئلة فى المنتقى عن أبى يوسف كذلك لكن وضعها وجد رجلا مع امرأته أو مع محرم له أو مع جاريته وفى نوادر ابن سماعة عن محمد رأى محصنا يزنى جاز له أن يرميه ويقتله وفى جامع قاضيخان لفخر الدين فى باب من الشهادة فى الحدود ان الاصل فى كل شخص اذا رأى مسلما يزنى أن يحل له قتله وانما امتنع خوفا من

وقد قيل روى عن أبي يوسف أن التعزير من السلطان بأخذ المال جائز وذكر الامام التمرتاشي ان التعزير الذي يجب حقا لله تعالى يلي اقامته كل أحد بعلة النيابة عن الله تعالى

ان يقتله ولا يصدق في قوله انه يزني وفي الشافي ليس للمولى أن يحد عبده أو أمته لانه حق الولاة وهم الذين يلون ذلك لأنهم الخلفاء في الشرع وله أن يعزرهما لان التعزير تأديب فجاز أن يليه المولى عاين القاضي رجلا يزني أو يشرب لم يحد استحسانا وعن محمد يحد وهو القياس اعتبارا بسائر الحقوق وحد القذف والقصاص وجه الاستحسان الاستيفاء الى القاضي والقاضي مندوب الى الدرء بالخبر فلحقته التهمة فيما يستوفيه ولا يستوفي وفي سير بكر اذا شتم الامام الاعظم أحد يفوض الى غيره اقامته لا يقيمه بنفسه ولا يشتم وفي أدب القاضي القاضي اذا ولى غيره في القضاء له وعليه جاز ويجوز قضاء المقلد للمقلد وعليه كان المقلد الخليفة أو قاضي القضاة لان المقلد ليس بنائب عن المقلد بل هو نائب عن المسلمين ولهذا لا ينعزل بموته فكل من تقبل شهادته له ينفذ قضاؤه له وما الا فلا وفي النظم وكذا قضاؤه لنائبه وفي جمع النسفي لا ينفذ قضاؤه للمقلد واستشهد بمن توكل بشئ ثم استقضى فيقضي لموكله في تلك الحادثة لم يجز لانه قضا لمن ولاه ذلك وكذا نائب القاضي قال وقعت هذه الحادثة لقاضي القضاة المروزي فقال لي يجب أن يجوز لان نائبي يعمل للشرع لا الى فقلت هل أنت اذا انفسك لنفسك فأنت نائب الشرع فانقطع فالوجه لمن ابتلي بمثل هذا أن يطلب من السلطان وجب الذي ولاه أن يولي قاضيا آخر حتى يختصما اليه فيقضي أو يحكما واحدا اه (قوله وقيل روى عن أبي يوسف الى قوله جائز) أقول قال الزاهدي في شرح القدوري في بحث التعزير بالمال ولم يذكر كيفية أخذ المال وأرى أن يأخذها ويمسكها فان أيس عن توبتهم يصرفها الى ما يرى شط التعزير باخذ المال كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ اه المراد من قوله شط شرح الطحاوي (قوله وذكر الامام التمرتاشي)

هو دونها في المقدار والدليل والتعزير تأديب دون الحد وأصله من العزر بمعنى الرد والردع وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا أمر بضرب الزوجات تأديبا وتهذيبا وفي الكافي قال عليه الصلاة والسلام لا ترفع عصاك عن أهلك وروى أنه عليه الصلاة والسلام عزر رجلا قال لغيره يا مخنث وفي المحيط روى عنه عليه الصلاة والسلام قال رحم الله امرأ أعلق سوطه حيث يراه أهله وأقوى من هذه الأحاديث قوله عليه الصلاة والسلام لا يجلد فوق عشر الا في حد وسيأتي وقوله واضربوهم على تركها لعشر في الصبيان فهذا دليل شرعية التعزير وأجمع عليه الصحابة وبالمعنى وهو أن الزجر عن الافعال السيئة كي لا تصير ملكات فيفحش ويستدرج الى ما هو أقبح وأفحش فهو واجب وذكر التمرتاشي عن السرخسي أنه ليس فيه شئ مقدر بل مفوض الى رأي القاضي لان المقصود منه الزجر وأحوال الناس مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالصيحة ومنهم من يحتاج الى اللطمة والى الضرب ومنهم من يحتاج الى الحبس وفي الشافي التعزير على مراتب تعزير اشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو أن يقول له القاضي بلغني أنك تفعل كذا وكذا فينزجر به وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقة بالجر والحبس وتعزير الاخسة بهذا كله وبالضرب وعن أبي يوسف يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال وعندهما وباقي الائمة الثلاثة لا يجوز وما في الخلاصة سمعت من ثقة أن التعزير بأخذ المال ان رأى القاضي ذلك أو الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال مبني على اختيار من قال بذلك من المشايخ كقول أبي يوسف وقال التمرتاشي يجوز التعزير الذي يجب حقا لله تعالى لكل أحد بعلة النيابة عن الله وسئل أبو جعفر الهندواني عمن وجد رجلا مع امرأة أيحل له قتله قال ان كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا يقتله وان علم أنه لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طاوعته المرأة يحل قتلها أيضا وهذا تنصيص على أن الضرب تعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وصرح في المنتقى بذلك وهذا لانه من باب ازالة المنكر باليد والشارع ولى كل أحد ذلك حيث قال من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه الحديث بخلاف الحدود فانها لم تثبت توليتها الا للولاة وبخلاف التعزير الذي يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فانه لتوقفه على الدعوى لا يقيمه الا الحاكم الا أن يحكما فيه ثم التعزير فيما شرع فيه التعزير اذا رآه الامام واجب وهو قول مالك وأحمد وعند الشافعي ليس بواجب لما روى أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال انى لقيت امرأة فأصبت منها ما دون أن أطأها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصليت معنا قال نعم فتلا عليه ان الحسنات يذهبن السيئات وقال في الانصار اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في الحكم الذي حكم به للزبير في سقي أرضه فلم يوافق غرضه أن كان ابن عمتك فغضب النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعزره ولنا أن ما كان منصوصا عليه من التعزير كما في وطء جارية امرأته أو جارية مشتركة يجب امتثال الامر فيه وما لم يكن منصوصا عليه اذا رأى الامام بعد مجانبة هوى نفسه المصلحة أو علم أنه لا ينزجر الا به

(ومن قذف عبدا أو أمة أو أم ولد أو كافرا بالزنا عزر) لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير (وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث أو يا سارق) لانه آذاه وألحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الرأى الى الامام (ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزر)

وجب لانه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد وما علم أنه ينزجر بدونه لا يجب وهو محمل حديث الذي ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم ما أصاب من المرأة فانه لم يذكره للنبي صلى الله عليه وسلم الا وهو نادم منزجر لان ذكره ليس الا لاستعلام موجبه ليفعل معه وأما حديث الزبير فالتعزير لحق آدمي هو النبي صلى الله عليه وسلم ويجوز تركه وفي فتاوى قاضيخان التعزير حق العبد كسائر حقوقه يجوز فيه الابراء والعفو والشهادة على الشهادة ويجرى فيه اليمين يعني اذا أنكر أنه سبه يحلف ويقضى بالنكول ولا يخفى على أحد أنه ينقسم الى ما هو حق العبد وحق الله فحق العبد لا شك في أنه يجرى فيه ما ذكر وأما ما وجب منه حقا لله تعالى فقد ذكرنا آنفا أنه يجب على الامام ولا يحل له تركه الا فيما علم أنه انزجر الفاعل قبل ذلك ثم يجب أن يتفرع عليه أنه يجوز اثباته بمدع شهد به فيكون مدعيا شاهدا اذا كان معه آخر فان قلت في فتاوى قاضيخان وغيره ان كان المدعى عليه ذا مروءة وكان أول ما فعل يوعظ استحسانا فلا يعزر فان عاد وتكرر منه روى عن أبي حنيفة أنه يضرب وهذا يجب أن يكون في حقوق الله تعالى فان حقوق العباد لا يتمكن القاضي فيها من اسقاط التعزير قلت يمكن أن يكون محله ما قلت من حقوق الله تعالى ولا مناقضة لانه اذا كان ذا مروءة فقد حصل تعزيره بالجر الى باب القاضي والدعوى فلا يكون مسقطا لحق الله سبحانه وتعالى في التعزير وقوله ولا يعزر يعني بالضرب في أول مرة فان عاد عزره حينئذ بالضرب ويمكن كون محله حق آدمي من الشتم وهو ممن يكون تعزيره بما ذكرنا وقد روى عن محمد في الرجل يشتم الناس اذا كان له مروءة وعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان سبابا ضرب وحبس يعني الذي دون ذلك والمروءة عندي في الدين والصلاح (قوله ومن قذف عبدا أو أمة أو أم ولد أو كافرا بالزنا عزر) بالاجماع الا على قول داود في العبد فانه يحد به وقول ابن المسيب في الذمية التي لها ولد مسلم قال يحد به وانما عزر (لانه) أي هذا الكلام (جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر او يا خبيث أو يا سارق) ومثله يا لص أو يا فاجر أو يا زنديق أو يا مقبوح يا ابن القحبة يا قرطبان يا من يعمل عمل قوم لوط أو يا لوطي أو قال أنت تلعب بالصبيان يا آكل الربوا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا مأوى الزواني يا مأوى اللصوص يا منافق يا يهودي عزر هكذا مطلقا في فتاوى قاضيخان وذكر الناطفي وقيده بما اذا قال لرجل صالح أما لو قال لفاسق يا فاسق أو للص يا لص أو للفاجر يا فاجر لا شئ عليه والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا انه آذاه بما ألحق به من الشين فان ذلك انما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذه أما من علم فان الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل وقيل في يا لوطي يسئل عن نيته ان أراد أنه من قوم لوط عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام فلا شئ عليه وان أراد أنه يعمل عملهم عزر على قول أبي حنيفة وعندهما يحد والصحيح أنه يعزر وان كان في غضب قلت أو هزل ممن تعود بالهزل بالقبيح ولو قذفه باتيان ميتة أو بهيمة عزر قال المصنف (الا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى) وهو ما اذا قذف غير المحصن بالزنا (لانه من جنس ما يجب به الحد) وهو الرمي بالزنا (وفي الثانية) وهو ما اذا قذفه بغير الزنا من المعاصي (الرأى الى الامام) (قوله ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزر) لانه لم ينسبه الى شين معصية ولم يتعلق به شين أصلا بل انما ألحق الشين بنفسه حيث كان كذبه ظاهرا ومثله يا بقر يا ثور يا حية يا تيس يا قرد يا ذئب يا حجام يا بغا يا ولد حرام يا عيار يا ناكس

وقوله (ومن قذف عبدا أو امة) ظاهر وقوله (في الجناية الاولى) يعني ما اذا قذف عبدا أو امة أو أم ولد بالزنا (لانه) أي القذف بالزنا (من جنس ما يجب فيه الحد) وقوله (في الثانية) يعني قوله يا فاسق الخ

أقول في باب الوطء الذي يوجب الحد

وقوله (لانه ما الحق الشين به التيقن بنفيه) قيل بل يلحق الشين بالقاذف لان كل أحد يعلم انه آدمى وان القاذف كاذب وقوله صلى الله عليه وسلم
من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين نقل بتخفيف بلغ من البلوغ وهو السماع وأما ما يجرى على ألسنة الفقهاء من

لانه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل فى عرفنا يعزر لانه يعد شينا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا أحسن والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطا وأقله ثلاث جلدات وقال أبو يوسف يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فأبو حنيفة ومحمد نظرا الى أدنى الحد وهو حد العبد فى القذف فصرفاه اليه وذلك أربعون سوطا فنقصا منه سوطا وأبو يوسف اعتبر أقل الحد فى الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا فى رواية عنه وهو قول زفر وهو القياس وفى هذه الرواية نقص خمسة وهو مأثور عن على فقلده

يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا كشخان يا ابله يا ابن الحجام وأبوه ليس بحجام يا ابن الاسود وأبوه ليس كذلك يا كلب يا رستاقى يا مؤاجر يا موسوس لم يعزر والحق ما قاله بعض أصحابنا أنه يعزر فى الكشخان اذ قيل انه قريب من معنى القرطبان والديوث والمراد به وبالقرطبان فى العرف الرجل الذى يدخل الرجال على امرأته ومثله فى ديار مصر والشام المعرص والقواد وعدم التعزير فى الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية بين علمائنا الثلاثة واختار الهندوانى أنه يعزر به وهو قول الائمة الثلاثة لان هذه الالفاظ تذكر للشتيمة فى عرفنا وفى فتاوى قاضيخان فى يا كلب لا يعزر قال وعن الفقيه أبى جعفر أنه يعزر لانه يعد شتيمة ثم قال والصحيح أنه لا يعزر لانه كاذب قطعا انتهى وفى المبسوط فان العرب لا تعده شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذئب وذكر قاضيخان عن أمالى أبى يوسف فى يا خنزير يا حمار يعزر ثم قال وفى رواية لمحمد لا يعزر وهو الصحيح والمصنف استحسن التعزير اذا كان المخاطب من الاشراف فتحصلت ثلاثة المذهب وهو ظاهر الرواية لا يعزر مطلقا ومختار الهندوانى يعزر مطلقا والفصل بين كون المخاطب من الاشراف فيعزر قائله أولا فلا ويعزر فى مقامر وفى قذر قيل وفى بليد وانا أظن أنه يشبه يا ابله ولم يعزر روايه (قوله أكثره تسعة وثلاثون سوطا) عند أبى حنيفة (ومحمد وقال أبو يوسف يبلغ به خمسة وسبعين سوطا والاصل) فى نقصه عن الحدود (قوله عليه السلام من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين) ذكر البيهقى أن المحفوظ أنه مرسل وأخرجه عن خالد بن الوليد عن النعمن بن بشير ورواه ابن ناجية فى فوائده حدثنا محمد بن حصين الاصبحى حدثنا عمر بن على المقدمى حدثنا مسعر عن خالد بن الوليد بن عبد الرحمن عن النعمن بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث ورواه محمد بن الحسن فى كتاب الآثار مرسلا فقال أخبرنا مسعر بن كدام قال أخبرنى (٢) أبو الوليد بن عثمان عن الضحاك بن مزاحم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث والمرسل عندنا حجة موجبة للعمل وعند أكثر أهل العلم واذا لزم أن لا يبلغ به حدا فأبو حنيفة ومحمد نظرا الى صرافة عموم النكرة فى النفى فصرفاه اليه فنقصاه عن حد الارقاء لان الاربعين يصدق عليها حد فلا يبلغ اليهما بالنص المذكور) خصوصا والمحل محل احتياط فى الدرء (وأبو يوسف اعتبر أقل حدود الاحرار لان الاصل الحرية ثم نقص سوطا فى رواية) هشام عنه (وهو قول زفر وهو القياس) لأنه يصدق عليه قولنا ليس حدا فيكون من افراد المسكوت عن النهى عنه وفى ظاهر الرواية عنه خمسة وسبعون قيل وليس فيه معنى معقول وذكر أن سبب اختلاف الرواية عنه أنه أمر فى تعزير رجل بتسعة وسبعين وكان يعقد لكل خمسة عقدا بأصابعه فعقد خمسة عشر ولم يعقد للاربعة الاخيرة لنقصانها عن الخمسة فظن الذى كان عنده أنه أمر بخمسة وسبعين وانما أمر بتسعة وسبعين قال وروى مثله عن عمر يعنى خمسة وسبعين وليس

التثقيل ان صح فعلى حذف المفعول الاول والتقدير من بلغ التعزير حدا فى غير حد وفيه نبوة تعرف بالتأمل الصحيح وأرى أن يكون تقديره من بلغ الضرب حدا فى غير حد فهو من المعتدين (فاذا تعذر تبليغه حدا فأبو حنيفة ومحمد نظرا الى أدنى الحد) وهو حد العبد فى القذف (فصرفاه اليه وذلك أربعون فنقصا منه سوطا) وهذا حق لان من اعتبر حد الاحرار فقد بلغ حدا وهو حد العبد والتنكير فى الحديث ينافيه ووجه نقصان السوط الواحد فى المذهبين جميعا هو أن البلوغ الى تمام الحد تعذر وليس بعده قدر معين كربع أو ثلث أو عشر فيصار الى أقل ما يمكن للتيقن به نظيره وقت الصلاة فان الكل لما لم يمكن أن يكون سببا وليس بعده جزء معين صير الى أقل ما يمكن وهو الجزء الذى لا يتجزأ وكلامه واضح

(قوله والتقدير من بلغ التعزير الخ) أقول هو كلام صاحب النهاية (قوله فصرفاه اليه وذلك أربعون الخ) أقول التيقن قال الاتقانى فى قوله فصرفاه اليه أى صرف أبو حنيفة ومحمد التعزير الى أدنى الحد فنقصا منه سوطا اه والاوجه أن يقال أى فصرفا الحد المذكور فى الحديث بصحيح الى أدنى الحد (قوله والتنكير فى الحديث ينافيه) أقول المطلق قد ينصرف الى الكامل كما بين فى علم الاصول فقوله والتنكير ينافيه ممنوع

(٢) بهامش نسخة العلامة البحراوى الذى فى نسخ التخريج الوليد بحذف لفظ أبو فليحرر كتبه مصححه

ثم قدر الادنى فى الكتاب بثلاث جلدات لان مادونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا ان أدناه على ما يراه الامام فيقدر بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس وعن أبى يوسف أنه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه فيقرب المس

بصحيح ونقل عن أبى الليث قال قيل إن أبا يوسف أخذ النصف من حد الاحرار وأكثره مائة والنصف من حد العبيد وأكثره خمسون فتحصل خمسة وسبعون ومنع صحة اعتبار هذا الاخذ وهو لا يضره بعد أن أثره عن على كما ذكر فى الكتاب من أنه قلد عليا فيه وكونه لا يعقل يؤكده اذ الغرض أن ما لا يدرك بالرأى يجب تقليد الصحابى فيه وانما يتم جوابه بمنع ثبوته عن على كما قال أهل الحديث انه غريب ونقله البغوى فى شرح السنة عن ابن أبى ليلى وبقولنا قال الشافعى فى الحر وقال فى العبد تسعة عشر لان حد العبد فى الخمر عنده عشرون وفى الاحرار أربعون وقال مالك لا حد لاكثره فيجوز للامام أن يزيد فى التعزير على الحد اذا رأى المصلحة فى ذلك مجانبا الهوى النفس لما روى أن معن بن زائدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فأخذ منه مالا فبلغ عمر ذلك فضربه مائة وحبسه فكلم فيه فضربه مائة أخرى فكلم فيه فضربه مائة ونفاه وروى الامام أحمد باسناده أن عليا أتى بالنجاشى الشاعر قد شرب خمرا فى رمضان فضربه ثمانين للشرب وعشرين سوطا للفطر فى رمضان ولنا الحديث المذكور ولان العقوبة على قدر الجناية فلا يجوز أن يبلغ بما هو أهون من الزنا فوق ما فرض بالزنا وحديث معن يحتمل انه له ذنوبا كثيرة أو كان ذنبه يشتمل كثيرة منها التزوير وأخذه مال بيت المال بغير حقه وفتحه باب هذه الحيلة ممن كانت نفسه عارية عن استشرافها وحديث النجاشى ظاهر ان لا احتجاج فيه فانه نص على ان ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره فى رمضان وقد نصت على انه لهذا المعنى أيضا الرواية الاخرى القائلة ان عليا أتى بالنجاشى الشاعر وقد شرب الخمر فى رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين وقال ضربناك العشرين بجرأتك على الله تعالى وافطارك فى رمضان فاين الزيادة فى التعزير على الحد فى هذا الحديث وعن أحمد لا يزاد على عشرة أسواط وعليه حمل بعض أصحاب الشافعى مذهب الشافعى لما اشتهر عنه من قوله اذا صح الحديث فهو مذهبى وقد صح عنه عليه السلام فى الصحيحين وغيرهما من حديث أبى بردة انه قال لا يجلد فوق عشرة أسواط الا فى حد من حدود الله وأجاب أصحابنا عنه وبعض الثقات بأنه منسوخ بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير انكار أحد وكتب عمر الى أبى موسى رضى الله عنهما أن لا تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطا وروى ثلاثين الى الاربعين وبما ذكرنا من تقدير أكثره بتسعة وثلاثين يعرف أن ما ذكر مما تقدم من انه ليس فى التعزير شئ مقدر بل مفوض الى رأى الامام أى من أنواعه فانه يكون بالضرب وبغيره مما تقدم ذكره أما ان اقتضى رأيه الضرب فى خصوص الواقعة فانه حينئذ لا يزيد على تسعة وثلاثين (قوله ثم قدر الادنى فى الكتاب) يعنى القدورى (بثلاث جلدات لان مادونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا ان أدناه على ما يراه الامام بقدر ما يعلم انه ينزجر به لانه يختلف باختلاف الناس) وجه مخالفة هذا الكلام لقول القدورى انه لو رأى انه ينزجر بسوط واحد اكتفى به وبه صرح فى الخلاصة فقال واختيار التعزير الى القاضى من واحد الى تسعة وثلاثين ومقتضى قول القدورى أنه اذا وجب التعزير بنوع الضرب فرأى الامام ان هذا الرجل ينزجر بسوط واحد يكمل له ثلاثة لانه حيث وجب التعزير بالضرب فأقل ما يلزم أقله اذ ليس وراء الاقل شئ وأقله ثلاثة ثم يقتضى انه لو رأى انه انما ينزجر بعشرين كانت العشرون أقل ما يجب تعزيره به فلا يجوز نقصه عنه فلو رأى انه لا ينزجر بأقل من تسعة وثلاثين كان على هذا أكثر التعزير فانه أقل ما يجب منه فى ذلك الرجل وتبقى فائدة تقدير أكثره بتسعة وثلاثين انه لو رأى انه لا ينزجر الا بأكثر من تسعة وثلاثين لا يبلغ قدر ذلك ويضربه الاكثر فقط ثم يبدل ذلك القدر بنوع آخر وهو الحبس مثلا (قوله وعن أبى يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره) واحتمال المضروب وعدم احتماله (وعنه انه يقرب كل نوع) من أسباب التعزير (من بابه) فيقرب بالمس

وقوله (فيقرب المس والقبلة من حد الزنا) يعنى فيكون فيه أكثر الجلدات وقوله (والقذف بغير الزنا من حد القذف) يعنى فيكون فيه أقل الجلدات

وقوله (لانه) يعني الحبس (صلح تعزيرا) وقوله (وقدورد الشرع به) أي بالحبس وهو ماروى انه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا للتعزير (وقوله ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة) لايضاح ان الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير أي لم يشرع الحبس بسبب التهمة في الشيء الذي يوجب التعزير لو ثبت قبل ثبوته بأن شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصنا فقال يافاسق أو يا كافر فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود وفي فصل الحد يحبس بالتهمة لان في باب الحد شيأ آخر فوق الحبس وهو اقامة الحد عند وجود موجبه فيجوز أن يحبس في تهمته لتناسب اقامة العقوبة الادنى بمقابلة الذنب الادنى وفي باب الاموال والتعزير لايحبس بالتهمة لان الاقصى فيهما عقوبة الحبس فلو حبسا بالتهمة فيهما لكان اقامة العقوبة الاعلى بمقابلة الذنب الادنى وهو مما يأباه الشرع ولما لم يشرع الحبس عند تهمة موجب التعزير علم ان الحبس من التعزير اذ لو لم يكن الحبس من التعزير لحبس عند تهمة موجب التعزير كما يحبس عند تهمة موجب الزنا فلما كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للامام أن يضمه الى الضرب ان رأى ذلك كما أن للامام الرأي في تقدير الضربات فكذلك في ضم الحبس الى الضرب قال وأشد الضرب التعزير قال الحاكم في الكافي وضرب التعزير أشد من ضرب الزاني وضرب الزاني أشد من ضرب الشارب وضرب الشارب أشد من ضرب القاذف وضرب القاذف أخف من جميع ذلك وانما كان ضرب التعزير أشد لانه ناقص المقدار وهو تخفيف (فلا يخفف ثانيا في وصفه كي لا يؤدي الى تفويت المقصود) وهو الزجر واختلف المشايخ في شدته قال في شرح الطحاوي قال بعضهم هو الجمع في عضو واحد بجمع الاسواط بعضو واحد ولا يفرق على الاعضاء بخلاف سائر الحدود وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع ويدل على ذلك ماروى أبو عبيدة وغيره ان رجلا اقسم على ان أم سلمة رضي الله عنها فضربه عمر رضي الله عنه ثلاثين سوطا كلها يبضع ويحدر أي يشق ويورم ومعلوم ان عمر رضي الله عنه ضربه بطريق التعزير ولعل المصنف رحمه الله اختاره يشير اليه قوله ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء فلو كان الشدة عبارة عن عدم التفريق لزم توضيح الشيء بنفسه

والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف قال (وان رأى الامام أن يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل) لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز أن يكتفى به فجاز أن يضم اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير قال (وأشد الضرب التعزير) لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كي لا يؤدي الى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء

والقبلة للاجنبية والوطء فيما دون الفرج من حد الزنا والرمي بغير الزنا من المعاصي من حد القذف وكذا السكر من غير الخمر من شرب الخمر قيل معناه يعزر في اللمس الحرام والقبلة أكثر جلدات التعزير ويعزر في قوله لمحو يا كافر ويا خبيث أقل جلدات التعزير لكن في فتاوى قاضيخان أن أسباب التعزير ان كان من جنس ما يجب به حد القذف يبلغ أقصى التعزير وان كان من جنس مالا يجب به حد القذف لا يجب أقصاه فيكون مفوضا الى رأي الامام (قوله وان رأى الامام أن يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل) وذلك بان يرى ان أكثر الضرب في التعزير وهو تسعة وثلاثون لا ينزجر بها أو هو في شك من انزجاره بها يضم اليه الحبس (لان الحبس صلح تعزيرا) بانفراده حتى لو رأى الامام أن لا يضربه ويحبسه أياما عقوبة له فعل ذكره في الفتاوى وغيرها وهو قول المصنف حتى جاز أن يكتفى به (وقد ورد به الشرع في الجملة) وهو ماسلف من انه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا في تهمة (فجاز أن يضمه) اذا شك في انزجاره بدونه (قوله ولهذا) أي ولان الحبس بمفرده يقع تعزيرا تاما (لم يشرع بالتهمة قبل ثبوته) أي لم يشرع الحبس بتهمة ما يوجب التعزير حتى لو ادعى رجل على آخر شتيمة فاحشة أو انه ضربه وأقام شهودا لا يحبس قبل أن يسأل عن الشهود ويحبس في الحدود وهذا لانه اذا عدلت الشهود كان الحبس تمام موجب ما شهدوا به فلو حبس قبله لزم اعطاء حكم السبب له قبل ثبوته بخلاف الحد لانه اذا شهدوا بموجبه ولم يعدلوا حبس لانه اذا ثبت سببه بالتعديل كان الواجب به شيأ آخر غير الحبس فيحبس تعزيرا للتهمة (قوله وأشد الضرب التعزير) لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كي لا يؤدي الى فوات المقصود) من الانزجار (ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء) لجريان التخفيف فيه من حيث العدد وذكر في المحيط أن محمدا ذكر في حدود الاصل

قال المصنف (ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء) أقول قال صاحب الكافي في حدود الاصل يفرق التعزير على الاعضاء وفي أشربة الاصل يضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسئلة اختلاف الروايتين وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع الاول اذا بلغ التعزير أقصاه بان أصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعدما جمع المتاع قبل الاخراج وموضوع الثاني اذا لم يبلغ أقصاه بان كان فيما عدا هذين الموضعين اه وفي فتاوى الامام التمرتاشي في التعزير لا يفرق الضربات لانه قليل ولو فرق لم يقع به الزجر ويضرب على الظهر أو على الالية وفي المنتقى قالوا هذا في أدنى التعزير وهو ضرب سوط أو سوطين أو ثلاثة أسواط وأما في أقصاه فيفرق اه

وقوله (ثم حد الزنا) ظاهر وقوله (ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) ذكر مسئلتين احداهما مبنية على الامر وهو لا يقتضى السلامة فى اتيان المأمور به والاخرى على الاطلاق وهو نقيضها والفرق بينهما ان الامر لطلب المأمور به وهو من الاثباتات وهى لا تقبل التعليق بالشرط لانه حينئذ يشبه القمار ولانه لما وجب على المأمور ذلك الفعل بالامر فيأتى المأمور بما فى وسعه غير مراقب السلامة لانه قد لا يتحقق بوصف السلامة فيبقى المأمور فى ضرب الوجوب وأما الاطلاق فاسقاط لكونه رفع القيد وهو قابل للتعليق فيتقيد بوصف السلامة ولان الفعل المطلق فى اختيار فاعله لانه حق الفاعل ان شاء فعل وان شاء لم يفعل فينبغى أن يتقيد بوصف السلامة لانه لا ضرورة فى ترك وصف السلامة كالمرور فى الطريق (وقال الشافعى فى التعزير تجب الدية فى بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتأديب غير انه تجب الدية فى بيت المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم فى مالهم قلنا انه لما استوفى حق الله تعالى بأمره صار كأن الله تعالى أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله أعلم)

قال (ثم حد الزنا) لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة ولانه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (ثم حد الشرب) لان سببه متيقن به (ثم حد القذف) لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف (ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) لانه فعل ما فعل بأمر الشرع وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور فى الطريق وقال الشافعى تجب الدية فى بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتأديب غير أنه تجب الدية فى بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم فى مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كأن الله أماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

أن التعزير يفرق على الاعضاء وذكر فى أشربة الاصل يضرب التعزير فى موضع واحد وليس فى المسئلة روايتان بل موضوع ما ذكر فى الحدود اذا وجب تبليغ التعزير الى أقصى غاياته بأن أصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج واذا بلغ غاية التعزير فرق على الاعضاء والا أفسد العضو لموالاة الضرب الشديد الكثير عليه وموضوع ما فى الاشربة ما اذا عزر أدنى التعزير كثلاثة ونحوها واذا اتحد عددا يسيرا فالاقامة فى موضع واحد لا تفسده وتفريقها أيضا لا يحصل منه مقصود الانزجار فيجمع فى محل واحد وعلى هذا فعنى شدة الضرب قوته لا جمعه فى عضو واحد كما قيل اذ صح أنه لا يجمع فى عضو واحد مطلقا (ثم حد الزنا) يلى التعزير فى الشدة (لانه ثابت بالكتاب وأعظم جناية حتى شرع فيه الرجم) وهو اتلاف النفس بالكلية (ثم حد الشرب) لانه ثبت باجماع الصحابة لكن لا يتلى فى القرآن وفى زمنه عليه الصلاة والسلام كان غير مقدر على ما تقدم (ولان سببه متيقن) فيكون سببيته لا شبهة فيها والمراد أن الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت لانه بالبينة أو الاقرار وهما لا يوجبان اليقين فان قيل يفيد انه شرعا يعنى أن عندهما يستيقن لزوم الحد أو ان الثابت بهما كالثابت بالمعاينة قلنا كذلك القذف يثبت بالبينة أو الاقرار فلا يقع فرق حينئذ بينهما بخلاف القذف لان سببه باعتبار كونه فرية وبالبينة لا يتيقن بذلك لجواز صدقه فيما نسبه اليه (ولانه جرى فيه التغليظ برد الشهادة فلا يغلظ) مرة أخرى (من حيث الوصف) وهو شدة الضرب ولان الشرب ينتظم القذف كما قال على رضى الله عنه اذا شرب هذى واذا هذى افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزداد العدد نظرا الى المظنة فلا يغلظ بالشدة فاشدها التعزير وأخفها حد القذف وعند أحمد أشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير وقال مالك الكل سواء لان المقصود من الكل واحد ثم ذكر فى المبسوط بأنه يحد ويعزر فى ازار واحد وفى فتاوى قاضيخان يضرب فى التعزير قائما عليه ثيابه وينزع الحشو والفرو ولا يمد فى التعزير (قوله ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) وهو قول مالك وأحمد وقال الشافعى رحمه الله يضمن ثم فى قول تجب الدية فى بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم الذى يلحقه بسبب عمله لهم عليهم وفى قول على عاقلة الامام لان أصل التعزير غير واجب عليه ولو وجب فالضرب غير متعين فى التعزير فيكون فعله مباحا فيتقيد بشرط السلامة ولم يسلم فيجب على عاقلته وهذا يخص التعزير ونحن نقول ان الامام مأمور بالحد والتعزير عند عدم ظهور الانزجار له فى التعزير بحق الله تعالى (وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كما فى الفصاد) لانه لا بد له من الفعل والا عوقب والسلامة

قال المصنف (ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) أقول يقال ذهب دمه هدرا أى باطلا واعلم ان هذا ينبغى أن يكون قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فقط لما مر فى باب الشهادة على الزنا من انهما غرما بيت المال لو مات من الجلد قال المصنف (فى بيت المال) أقول وفى قول آخر فى ماله كما سبق فى باب الشهادة على الزنا قال المصنف (من غير واسطة) أقول أى من غير واسطة جلد الجلاد فلا يكون الاتلاف خطأ منه (قوله وأما الاطلاق فاسقاط) أقول الاطلاق رفع القيد

﴿كتاب السرقة﴾

السرقة فى اللغة أخذ الشئ من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع

خارجة عن وسعه اذ الذى فى وسعه أن لا يتعرض لسببها القريب وهو بين أن يبالغ فى التخفيف فلا يسقط الوجوب به عنه أو يفعل ما يقع زاجرا وهو ما هو مؤلم زاجر وقد يتفق أن يموت الانسان به فلا يتصور الامر بالضرب المؤلم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه بخلاف المباحات فانها رفع الجناح فى الفعل واطلاقه وهو مخير فيه بعد ذلك غير ملزم به فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور فى الطريق والاصطياد ولهذا يضمن اذا عزر امرأته فماتت لانه مباح ومنفعته ترجع اليه كما ترجع الى المرأة من وجه آخر وهو استقامتها على ما أمر الله به وذكر الحاكم أنه لا يضرب امرأته على ترك الصلاة ويضرب ابنه وكذا المعلم اذا أدب الصبى فمات منه يضمن عندنا والشافعى أما لو جامع زوجته فماتت أو أفضاها لا يضمن عند أبى حنيفة وأبى يوسف ذكره فى المحيط مع أنه مباح فيتقيد بشرط السلامة لانه ضمن المهر بذلك الجماع فلو وجبت الدية وجب ضمانان بمضمون واحد ﴿تتمة﴾ الاولى للانسان فيما اذا قيل له ما يوجب التعزير أن لا يجيبه قالوا لو قال له يا خبيث الاحسن أن يكف عنه ولو رفع الى القاضى ليؤدبه يجوز ولو أجاب مع هذا فقال بل أنت لا بأس واذا أساء العبد الأدب حل لمولاه تأديبه وكذا الزوجة وفى فتاوى القاضى من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد فى السجن الى أن يظهر التوبة وفيها عن أبى يوسف اذا كان يبيع الخمر ويشترى ويترك الصلاة يحبس ويؤدب ثم يخرج والساحر اذا ادعى أنه يخلق ما يفعل إن تاب وتبرأ وقال الله تعالى خالق كل شئ قبلت توبته وان لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل بردتها وان كانت المرتدة لا تقتل عندنا لكن الساحرة تقتل بالاثر وهو ما روى عن عمر أنه كتب الى عماله اقتلوا الساحر والساحرة زاد فى فتاوى قاضيخان وان كان يستعمل السحر ويجحد ولا يدرى كيف يقول فان هذا الساحر يقتل اذا أخذ وثبت ذلك منه ولا تقبل توبته وفى الفتاوى رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرء وزوجه بتلك اللعبة فهذا سحر ويحكم بارتداده ويقتل قال فى الخلاصة هكذا ذكره القاضى مطلقا وهو محمول على ما اذا كان يعتقد أن له أثرا انتهى وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل وعلى هذا التقدير أعنى عدم الحكم بارتداده فينبغى أن يكون حكمه أن يضرب ويحبس حتى يحدث توبة وهل تحل الكتابة بما علم أن فلانا يتعاطى من المناكير لابيه قالوا ان وقع فى قلبه أن أباه يقدر أن يغير على ابنه يحل له أن يكتب اليه وان لم يقع فى قلبه لا يكتب وكذا بين الرجل وزوجته وبين السلطان والرعية ويعزر من شم منه رائحة الخمر والشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وان لم يشربوا ومن معه ركوة خمر والمفطر فى نهار رمضان يعزر ويحبس والمسلم الذى يبيع الخمر أو يأكل الربا يعزر ويحبس وكذا المغنى والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة وكذا المسلم اذا شتم الذمى يعزر لانه ارتكب معصية ومن يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد فى السجن الى أن تظهر التوبة وكذا يسجن من قبل أجنبية أو عانقها أو مسها بشهوة والله أعلم

﴿كتاب السرقة﴾

لما كان المقصود من الحدود الانزجار عن أسبابها بسبب ما اشتملت عليه من المفاسد روعى فى ترتيبها فى التعليم ترتب أسبابها فى المفاسد فما كانت مفسدته أعظم يقدم على ما هو أخف لان تعليمه وتعلمه أهم وأعظم المفاسد ما يؤدى الى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى ويليه ما يؤدى الى فوات العقل وهو الشرب لانه كفوات النفس من حيث ان عديم العقل لا ينتفع بنفسه كعديم النفس ويليه ما يؤدى الى افساد العرض وهو القذف فانه أمر خارج عن الذات يؤثر فيها ويلزق أمرا قبيحا ويليه ما يؤدى الى اتلاف المال فانه الأمر المخلوق وقاية للنفس والعرض فكان آخرا فأخره وللسرقة

﴿كتاب السرقة﴾

لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع فى ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة الاموال لان صيانة النفس أقدم من صيانة المال والسرقة فى اللغة عبارة عما ذكر فى الكتاب وقوله تعالى الا من استرق السمع معناه استمع اليه على وجه الخفية

﴿كتاب السرقة﴾

(قوله لما فرغ من ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة النفوس) أقول أراد بصيانة النفوس ما يشمل صيانة العقول والاعراض أيضا فان الاول صيانة جزئها والثانى صيانة ما يتصل بها فانه صيانة ماء الوجه (قوله لان صيانة النفس أقدم من صيانة المال) أقول لأن المال وقاية النفس قال الله تعالى خلق لكم ما فى الارض جميعا وقال الشاعر

أصون عرضى بمالى لا أدنسه
لا بارك الله بعد العرض فى المال

وقوله (وقد زيدت عليه أوصاف فى الشريعة) هى أن يقال السرقة أخذ مال الغير على سبيل الخفية نصابا محرزا للتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تأويل ولا شبهة (والمعنى اللغوى) وهو أخذ الشئ من الغير على سبيل الخفية والاستسرار أمر (مراعى فيها). قال صاحب النهاية اعلم أن مانقله الشارع البناء على ثلاثة أقسام أحدها ماهو المقرر على ما انبا نابه اللغة من غير تغيير كقوله تعالى وجاء اخوة يوسف ولما جهزهم بجهازهم والثانى ماهو المعدول عما انبأ نابه اللغة من كل وجه كالصلاة والزكاة والصوم فان الصلاة شرعا عبارة عن الاركان المعهودة وليس لها انباء لغوى وكذلك فى غيرها والثالث ما انبأنابه اللغة مقرر مع زيادة شئ فيه شرعا كالسرقة على ماذكرناه وفيه نظر لان الصلاة فى اللغة الدعاء وهى مقررة فى الشرع مع زيادة أوصاف وكذلك الصوم هو الامساك والزكاة هو النماء والحج هو القصد والمعانى اللغوية فى كل ذلك موجودة مع زيادة أوصاف ويمكن أن يجاب عنه بأنه نظر على المثال وهو ليس بصحيح عند المحصلين وقوله (كما اذا نقب الجدار على الاستسرار) نظير ما يكون معناه اللغوى موجودا فيه ابتداء وترك نظير الاول لظهوره وكان القياس أن لا يقطع فيما اذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة أى مقاتلة بسلاح لان ركن السرقة الاخذ على سبيل الخفية والاستسرار والخفية ان وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الاخذ فان الاخذ حصل بطريق المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا بوجوب القطع لانهم لو اعتبروا الخفية وقت الاخذ لامتنع القطع فى أكثر السرقات لان أكثرها فى الليالى يصير مغالبة فى الانتهاء لانه وقت لا يلحق الغوث وقوله (أو من يقوم مقامه) يعنى المودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن

وقد زيدت عليه أوصاف فى الشريعة على ما يأتيك بيانه ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوى مراعى فيها ابتداء وانتهاء أو ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفى الكبرى أعنى قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدى لحفظ الطريق بأعوانه وفى الصغرى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه

تفسير لغة وهو ماذكر فى الكتاب وهو أخذ الشئ من الغير على وجه الخفية ومنه استراق السمع وهو ان يسمع مستخفيا وفى الشريعة هى هذا أيضا وانما زيد على مفهومها قيود فى اناطة حكم شرعى بها اذ لاشك أن أخذ أقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهى شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعى فاذا قيل السرقة الشرعية الاخذ خفية مع كذا وكذا لا يحسن بل السرقة التى علق بها الشرع وجوب القطع هى أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم أو مقدارها خفية عمن هو متصد للحفظ مما لا يتسارع اليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة وتمم الشبهة فى التأويل قيل فلا يقطع السارق من السارق ولا أحد الزوجين من الآخر أو ذى الرحم الكاملة والنقل خلاف الاصل لا يصار اليه حتى يتعين بما لا مرد له كالصلاة على ماهو المذهب المختار عند الاصوليين وماقيل هى فى مفهومها اللغوى والزيادات شروط غير مرضى والقطع بأنها للافعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال انها فى الشرع للدعاء والافعال شرط قبوله والفرض انه لا يتبادر الدعاء قط هذا وسيأتى فى السارق من السارق خلاف (قوله والمعنى اللغوى) يعنى الخفية (مراعى فيها اما ابتداء وانتهاء) وذلك فى سرقة النهار فى المصر (أو ابتداء لا غير) وهى فى سرقة الليل فلذا اذا دخل البيت ليلا خفية ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة من فى يده قطع به للاكتفاء بالخفية الاولى واذا كابره فى المصر نهارا وأخذ ماله لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك فى الليل لكن يقطع اذ غالب السرقات فى الليل تصير مغالبة اذ قليلا ما يختفى فى الدخول والاخذ بالكلية وعليه فرع اذا كان صاحب

(قوله وقوله وقد زيدت عليه الى قوله ان يقال السرقة الخ) أقول هنا نوع مسامحة فى العبارة (قوله السرقة أخذ مال الغير الخ) أقول هذه هى السرقة التى توجب القطع والا فسرقة مادون نصاب سرقة أيضا لغة وشرعا فان العبد اذا سرق مادون النصاب يرد على بائعه بعيب السرقة ولا يقطع كذا فى الخلاصة وغيرها (قوله محرزا للتمول الخ) أقول احتراز عن سرقة المصحف وصحيفة الحديث وصحائف العربية والشعر فان المصحف وكتب الحديث يدخران للقراءة لا للتمول وكذا غيره لا يقصد به التمول بل معرفة الحكم والامثال (قوله غير متسارع اليه الفساد من غير تأويل) أقول احتراز عن أخذ صاحب الحق خلاف جنس حقه اذا قال أخذت لاجل حقى فانه أخذه متأولا (قوله فان الصلاة شرعا عبارة الخ) أقول قال العلامة فخر الدين الزيلعى فى أول كتاب الصلاة الصلاة فى اللغة العالية الدعاء قال الله تعالى وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم أى ادع لهم وانما عدى بعلى باعتبار لفظ الصلاة وفى الشرع عبارة عن الافعال المخصوصة المعهودة وفيها زيادة مع بقاء معنى اللغة فيكون تغيير الانقلا وفى الغاية والظاهر انها منقولة لوجودها بدونه فى الامى انتهى وفيه تأمل فان الدابة منقولة الى ذوات القوائم الاربع مع وجود المعنى الأصلى فيها (قوله والثالث ما انبأ به مقرر الخ) أقول أى ما أنبأ به اللغة (قوله وهى مقررة فى الشرع) أقول فيه ان الصلاة ليس يلزم ان يشتمل على معنى الدعاء كما فى الامى (قوله وان وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الأخذ) أقول فكان فيه شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات

قال (واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه) على ما سيظهر لك معناه (وجب القطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فان الحكم اذا ترتب على صفة كان مصدرها علة له كما عرف والآية كما ترى عام لكنه لم يتناول الصبي والمجنون لانه خطاب الشرع فهو تكليف ولا تكليف الا مع العقل والبلوغ فلا بد من تحققهما لتحقق الجناية المستلزمة للجزاء. وأما تقدير المال فلما ذكره في الكتاب وهو قول فقهاء الامصار وأما أصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصري رضى الله عنه مستدلا بظاهر الآية فانه ليس فيها ما يدل على النصاب أصلا بخلاف كونه مالا محرزا فان لفظ السرقة يدل على ذلك لان أخذ المباح يسمى اصطيادا أو احتطابا لا سرقة وكذلك ما ليس بمحرز فأخذه لا يسمى سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ وقلنا معنى اسم السارق يدل على خطر المأخوذ لانه مشتق من السرقة وهى القطعة من الحرير فلا بد من التقدير بالمال الخطير محافظة على المفهوم اللغوى

قال (واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع) والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر فى الحقير وكذا أخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي التقدير بربع دينار وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا فى ثمن المجن وأقل ما نقل فى تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل المتيقن به أولى

الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله أو كانا لا يعلمان قطع ولو علما لا يقطع ولما كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة فى الصغرى هى الخفية عن عين المالك أو من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن كانت الخفية المعتبرة فى الكبرى مسارقة عين الامام ومنعة المسلمين الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركنها نفس الاخذ المذكور وأما شروط ثبوت الحكم ومنها تفصيل النصاب فيأتى فى أثناء المسائل (**قوله** واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل فى وجوب القطع قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما) لانها بالمخالفة والمخالفة فرع تعلق الخطاب (**قوله** ولا بد من التقدير بالمال الخطير) اختلف فى انه هل يقطع بكل مقدار من المال أو لا بد من مقدار معين لا يقطع فى أقل منه فقال بالاول الحسن البصري وداود والخوارج وابن بنت الشافعي لاطلاق الآية ولقوله عليه السلام لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده متفق عليه ومن سوى هؤلاء من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار على انه لا قطع الا بمال مقدر لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع الا فى ربع دينار فصاعدا متفق عليه فلزم فى الاول التأويل بالحبل الذى يبلغ عشرة دراهم وبالبيضة بيضة من الحديد أو النسخ ولو قيل ونسخه أيضا ليس أولى من نسخ ما رويتم قلنا لا تاريخ بقي وجه أولوية الحمل وهو مع الجمهور فان مثله فى باب الحدود متعين عند التعارض ثم قد نقل اجماع الصحابة على ذلك وبه يتقيد اطلاق الآية وبالعقل وهو ان الحقير مطلقا تفتر الرغبات فيه فلا يمنع أصلا كحبة قمح وهو مما يشمله اطلاق الآية (وكذا لا يخفى أخذه فلا يتحقق) بأخذه (ركن السرقة) وهو الاخذ خفية (ولا حكمة الزجر) أيضا (لانها فيما يغلب) فان ما لا يغلب لا يحتاج الى شرع الزاجر لانه لا يتعاطى فلا حاجة الى الزجر عنه فهذا مخصص عقلى بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالاجماع ثم اختلف الشارطون لمقدار معين فى تعيينه فذهب أصحابنا فى جماعة من التابعين الى انه عشرة دراهم وذهب الشافعي الى انه ربع دينار وذهب مالك وأحمد الى انه ربع دينار أو ثلاثة دراهم لما روى مالك فى موطئه عن عبد الله بن أبى بكر

قال المصنف (واذا سرق العاقل البالغ الخ) أقول قال فى الكنز السرقة أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ انتهى قال العلامة الزيلعي فى شرحه قوله مضروبة اشارة الى انه اذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة دراهم أو أكثر وقيمتها أقل من عشرة مضروبة لا يقطع بخلاف المهر حيث يصح جعلها مهرا والفرق بينهما ان الحدود تدرأ بالشبهات فيتعلق بالكامل والمهر يثبت مع الشبهة فيصح كيفما كان وعلى هذا أوانى الفضة أو الزيوف اذا سرق ما وزنها عشرة وقيمتها أقل أو قيمتها عشرة ووزنها أقل لا يقطع انتهى وأنت خبير بأن المفهوم من الهداية اعتبار القيمة فقط فليتأمل فانه يقال ذلك فيما اذا لم يكن المسروق من جنس الدراهم والا فيتحقق الشبهة (قوله لانه خطاب الشرع الخ) أقول فيه ان الخطاب للائمة لا للسراق (قوله لانه مشتق) أقول بالاشتقاق الكبير وفيه ما فيه (قوله من السرقة الخ) أقول لعل هذا مغالطة ناشئة من اشتراك اللفظ

عن

غير أن الشافعي رحمه الله يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنى عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا أن الاخذ بالاكثر في هذا الباب أولى احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة للحد وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لاقطع الا في دينارا وعشرة دراهم

عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن أن سارقا سرق في زمن عثمن بن عفان اترجة فأمر بها عثمن فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثنى عشر بدينار فقطع عثمن يده قال مالك أحب ما يجب فيه القطع الى ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف أو اتضع وذلك لانه عليه الصلاة والسلام قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وعثمان قطع في أترجة قيمتها ثلاثة دراهم وهذا أحب ما سمعت الى انتهى وكون المجن بثلاثة في حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن قيمته ثلاثة دراهم أخرجه الشيخان وفي لفظ لهما عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا (غير أن الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنى عشر درهما فالثلاثة ربعها) وفي مسند أحمد عن عائشة عنه عليه الصلاة والسلام اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم وقد ظهر أن المراد مما ذكر المصنف من قوله ان القطع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن انه ما كان الا في مقدار ثمنه لا حقيقة اللفظ وهي ان المسروق كان نفس ثمنه فقطع به إذ ليس كذلك بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم (ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب أولى احتيالا للدرء) فعرف انه قد قيل في ثمن المجن أكثر مما ذكر ويريد بذلك حديث أيمن رواه الحاكم في المستدرك عن مجاهد عن أيمن قال لم تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن المجن وثمنه يومئذ دينار وسكت عنه ونقل عن الشافعي أنه قال لمحمد بن الحسن رضي الله عنه هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع في ربع دينار فصاعدا فكيف قلت لا تقطع اليد الا في عشرة دراهم فصاعدا فقال قد روى شريك عن مجاهد عن أيمن ابن أم أيمن أخي أسامة بن زيد لامه وان الشافعي أجاب بأن أيمن ابن أم أيمن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قبل أن يولد مجاهد قال ابن أبي حاتم في المراسيل وسألت أبي عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحكم عن عطاء ومجاهد عن أيمن وكان فقيها قال تقطع يد السارق في ثمن المجن وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا قال ابي هو مرسل وأرى انه والد عبد الواحد بن أيمن وليس له صحبة وظهر بهذا القدر أن أيمن اسم للصحابي فهو ابن أم أيمن وانه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحنين واسم لتابعي آخر وقال أبو الحجاج المزي في كتابه أيمن الحبشي مولى بني مخزوم روى عن سعد وعائشة وجابر وروى عنه ابنه عبد الواحد وثقه أبو زرعة ثم قال أيمن مولى ابن الزبير وقيل مولى ابن أبي عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم في السرقة الى ان قال وعنه عطاء ومجاهد قال النسائي ما أحسب ان له صحبة فقد جعله اسماء التابعين وأما ابن أبي حاتم وابن حبان فجعلاهما واحدا قال ابن أبي حاتم أيمن الحبشي مولى ابن أبي عمر روى عن عائشة وجابر روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد قال سمعت أبي يقول ذلك وسئل أبو زرعة عن أيمن والد عبد الواحد فقال مكي ثقة وقال ابن حبان في الثقات أيمن بن عبيد الحبشي مولى لابن أبي عمر المخزومي من أهل مكة روى عن عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد بن أيمن وكان أخا أسامة بن زيد لامه وهو الذي يقال له أيمن ابن أم أيمن مولاة النبي صلى الله عليه وسلم قال ومن زعم أن له صحبة فقد وهم حديثه في القطع مرسل فهذا يخالف الشافعي وغيره ممن ذكر أن أيمن ابن أم أيمن قتل يوم حنين وانه صحابي حيث جعله من التابعين وهكذا فعل الدارقطني في سننه أيمن لا صحبة له وهو من التابعين ولم يدرك زمان النبي صلى الله

والتقدير بعشرة دراهم بقوله صلى الله عليه وسلم لاقطع الا في دينارا وعشرة دراهم رواه الترمذي في جامعه عن ابن مسعود

قال المصنف (غير أن الشافعي) أقول أنت خبير بانه لا يدل على اعتبار التقدير بربع دينار بل وجهه أمر آخر وهذا الدفع المخالفة بين الروايتين قال المصنف (وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم) أقول فيه انهم صرحوا بأن ما يصلح علة لا يصلح مرجحا

وقوله (واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا) بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة واستدلال عليه بلفظ الدراهم المذكورة في الحديث والمراد بالكتاب القدوري وقوله (وهو الاصح) احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة مايدل على أن المضروبة وغيرها سواء وكلامه ظاهر فان قلت روت عائشة رضي الله عنها أن يد السارق لم تقطع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم الا في ثمن مجن حجفة أو ترس وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن ثمنه ثلاثة دراهم وقد

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة

عليه وسلم ولا الخلفاء بعده وهو الذي يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم ان ثمن المجن دينار روى عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد والحاصل انه اختلف في أيمن راوي قيمة المجن هل هو صحابي أو تابعي ثقة فان كان صحابيا فلا اشكال وان كان تابعيا ثقة كما ذكره أبو زرعة الامام العظيم الشان وابن حبان فحديثه مرسل والارسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادحا بل هو حجة فوجب اعتباره وحينئذ فقد اختلف في تقويم ثمن المجن أهو ثلاثة أو عشرة فيجب الاخذ بالاكثر هنا لايجاب الشرع الدرء ما أمكن في الحدود ثم يقوى بما رواه النسائي أيضا بسنده عن ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم وأخرجه الدارقطني أيضا وأخرجه هو وأحمد في مسنده عن الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وكذا اسحق بن راهويه وروى ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب اللقطة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما بلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه وكان ثمن المجن عشرة دراهم قال المصنف وتأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق ومن طريقه الطبراني في معجمه وأشار اليه الترمذي في كتابه الجامع فقال وقد روى عن ابن مسعود انه قال لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى وهو صحيح لان الكل ما رووه الا عن القاسم لكن في مسند أبي حنيفة من رواية ابن مقاتل عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن مسعود قال كان قطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في عشرة دراهم وهذا موصول وفي رواية خلف بن ياسين عن أبي حنيفة انما كان القطع في عشرة دراهم وأخرجه ابن حرب من حديث محمد بن الحسن عن أبي حنيفة يرفعه لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم فهذا موصول مرفوع ولو كان موقوفا لكان له حكم الرفع لان المقدرات الشرعية لا دخل للعقل فيها فالموقوف فيها محمول على الرفع (قوله واسم الدراهم) يعني في الحديث وهو قوله أو عشرة دراهم (ينطلق على المضروبة عرفا) فاذا أطلق بلا قيد فهو وجه اشتراط كونها مضروبة في القطع كما ذكره في القدوري (وهو ظاهر الرواية وهو الاصح) للظاهر من الحديث و (رعاية لكمال الجناية) لانها شرط العقوبة وشروط العقوبات يراعى وجودها على وجه الكمال ولهذا اشترطنا الجودة حتى لو كانت زيوفا لا يقطع بها ولو تجوز بها الان نقصان الوصف بنقصان الذات وعن أبي يوسف يقطع بها اذا كانت رائجة (حتى لو سرق عشرة تبرا) أي فضة غير مضروبة صكا (قيمتها أقل من عشرة مصكوكة لا يجب القطع) على ظاهر المذهب وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يقطع للاطلاق المذكور وأنت تعلم ان المطلق يقيد بالعرف والعادة (قوله والمعتبر وزن سبعة) يعني المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها ما يكون

أخذ به مالك رضي الله عنه وروت عمرة عن عائشة موقوفا ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقطع في ربع دينار فصاعدا وبه أخذ الامام الشافعي رضي الله عنه فما وجه دفع ذلك قلت مدلول الحديثين واحد لان قيمة الدينار كانت اثني عشر درهما وثلاث دراهم كانت ربع دينار ويعارضهما ما روى في السنن وشرح الآثار مسندا الى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع رجلا في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم ولما تعارضا ولا مرجح صرنا الى اطلاق قوله عليه السلام لا قطع الا في دينار الحديث والى المعقول وهو وان العمل بمذهبنا يستلزم العمل بمذهبهما مع اشتماله على الاحتيال للدرء فوجب العمل به

(قوله الا في ثمن مجن حجفة) أقول بالتحريك بتقديم الحاء (قوله ولما تعارضا ولا مرجح صرنا الى اطلاق قوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه بحث أما أولا فلان قوله ولا مرجح ممنوع وأما ثانيا فلان شرحه لا يطابق المشروح الا ترى الى قول صاحب الهداية ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب أولى الخ (قوله وهو ان العمل بمذهبنا يستلزم العمل الخ) أقول فيه بحث اذ ما ادعاه من الاستلزام غير ظاهر بل الظاهر عكس ذلك والجواب ان مراده العمل بمذهبنا عمل بالمتفق عليه دون مذهبهما فانه مختلف فيه وأدنى درجات الخلاف ايراث الشبهة فتأمل

مثاقيل لانه هو المتعارف فى عامة البلاد وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى قال (والعبد والحر فى القطع سواء) لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس (ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يقطع إلا بالاقرار مرتين) وروى عنه انهما فى مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فيعتبر بالأخرى وهى البينة كذلك اعتبرنا فى الزنا

مايكون وزن عشرة وزن سبعة (مثاقيل) كما فى الزكاة وتقدم بحثنا فيها فى الزكاة وهو انه ينبغى أن يراعى أقل ما كان من الدراهم على ما قالوا وأما هنا فمقتضى ماذكروه من ان الدراهم كانت فى زمنه صلى الله عليه وسلم ثلاثة أصناف صنف وزن خمسة وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة أن يعتبر فى القطع وزن عشرة فهذا مقتضى أصلهم فى ترجيح تقدير المجن بعشرة بأنه أدرأ للحد وما كان دارئا كان أولى لا يقال هذا احداث قول ثالث لانا نقول لا نسلم فانه انما يكون ذلك اذا تحققنا أن كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع فان من نقل تقديره بعشرة سفيان الثورى وعطاء ولم ينقل تقديرهما بوزن سبعة فلا يتحقق لزوم القول الثالث ثم هذا البحث الزام على قولهم ان وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما ان قيل كالشافعية انها كانت كذلك فى زمنه صلى الله عليه وسلم فلا (قوله وقوله) أى قول القدورى (أو ما يبلغ قيمته عشرة اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بالدراهم وان كان ذهبا) حتى لو سرق دينارا قيمته أقل من عشرة لا يقطع ذكره فى المحيط قال والمراد من الدينار المذكور أنه يقطع به فى الحديث ما يكون متقوما به لا قيمة الوقت أى يكون دينارا قيمته عشرة دراهم فضة جياد بوزن سبعة مثاقيل أو أكثر سواء كانا فى الوقت كذلك أو لا فلا اعتبار للوقت لانه يزيد وينقص فيه السعر ولا بد من كون قيمة غير الفضة بعشرة يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع الا ان كان النقص بسبب عيب دخله أو فوات بعض العين فعلى هذا اذا سرق فى بلد ما قيمته فيها عشرة فأخذ فى أخرى وقيمتها فيها أقل لا يقطع وفى قول الطحاوى يعتبر وقت الاخراج من الحرز فقط ولو سرق أقل من وزن عشرة فضة تساوى عشرة مسكوكة لا يقطع لانه يخالف النص وهو قوله لا قطع الا فى دينار أو عشرة دراهم فى محل النص وهو أن يسرق وزن عشرة ولا بد من ثبوت دلالة القصد الى النصاب المأخوذ وعليه ذكر فى التجنيس من علامة النوازل سرق ثوبا قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر من علامة فتاوى أئمة سمرقند اذا سرق ثوبا لا يساوى عشرة وفيه دراهم مضروبة لا يقطع وقال وهذا اذا لم يكن الثوب وعاء للدراهم عادة فان كان يقطع لان القصد فيه يقع على سرقة الدراهم ألا يرى أنه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وان كان الكيس يساوى درهما ولا بد من أن يكون للمسروق منه يد صحيحة حتى لو سرق عشرة وديعة عند رجل ولو لعشرة رجال يقطع بخلاف السارق من السارق على الخلاف وان يخرجه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا فى الحرز وخرج لا يقطع ولا ينتظر أن يتغوطه بل يضمن مثله لانه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وان يخرج النصاب مرة واحدة فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لا يقطع (قوله والعبد والحر فى القطع سواء لان النص لم يفصل) بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف (فيتكامل) وهذا لان الجناية موجبة للعقوبة (صيانة لاموال الناس) والرق منصف فما أمكن فيه التنصيف نصف عليه وبه يحصل موجب العقوبة وما لا كمل ضرورة والا أهدر السبب فى حقه بخلاف الزنا فان له حدين الجلد والرجم فانتظم النص الحر والمرقوق فى الجلد فحد على نصف حد الاحرار بقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ثم شرع الحد الآخر وهو الرجم على الاحرار ابتداء بحيث لم يتناول الارقاء (قوله ويجب القطع باقراره مرة واحدة عند أبى حنيفة ومحمد) ومالك والشافعى وأكثر

قال (والعبد والحر فى القطع سواء) قدم ذكر العبد على الحر لكونه أهم لان عدم التساوى انما يتوهم من جهته وكلامه واضح

قال المصنف (اشارة الى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا) أقول فيه تأمل فان المذكور فى الحديث الذى رواه أصحابنا الا فى دينار أو عشرة دراهم فما بالهم لم يعتبروا القيمة بالدينار مع تقدمه فى الذكر والاحتيال فيه للدرء أشد ولم يقوموا جنس الذهب بالدينار وجنس الفضة بالدراهم وغيرهما بأحدهما اياما كان لم أقف على وجهه فى كتبهم الى الآن ولعل مستندهم ان تقويم المجن وقع بالدراهم فى الرواية التى أخذوا بها وفيه تأمل وجواب ذلك مذكور فى الكافى فراجعه

ولهما ان السرقة قد ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما فى القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد فى الاقرار شيأ لانه لا تهمة وباب الرجوع فى حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع فى حق المال لا يصح أصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة فى الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال (ويجب بشهادة شاهدين) لتحقق الظهور كما فى سائر الحقوق

علماء هذه الامة (وقال أبو يوسف لا يقطع الا بالاقرار مرتين) وهو قول أحمد وابن أبى ليلى وزفر وابن شبرمة و يروى عن أبى يوسف اشتراط كون الاقرارين فى مجلسين استدلوا بالمنقول والمعنى أما المنقول فما روى أبو داود عن أبى أمية المخزومى أنه عليه الصلاة والسلام أتى بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما إخالك سرقت فقال بلى يارسول الله فأعادها عليه الصلاة والسلام مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع فلم يقطعه الا بعد تكرر اقراره وأسند الطحاوى الى على رضى الله عنه أن رجلا أقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدت على نفسك شهادتين فأمر به فقطع فعلقها فى عنقه وأما المعنى فالحاق الاقرار بها بالشهادة عليها فى العدد فيقال حد فيعتبر عدد الاقرار به بعدد الشهود ونظيره الحاق الاقرار فى حد الزنا فى العدد بالشهادة فيه ولابى حنيفة ما أسند الطحاوى الى أبى هريرة فى هذا الحديث قالوا يارسول الله أن هذا سرق فقال ما إخاله سرق فقال السارق بلى يارسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم إئتونى به قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له تب الى الله عز وجل فقال تبت الى الله عز وجل فقال تاب الله عليك فقد قطعه باقراره مرة وأما المعنى فعارض بحد القذف والقصاص وهو وان لم يكن حدا فهو فى معناه من حيث إنه عقوبة هكذا ظهر الموجب مرة (فيكتفى به كالقصاص وحد القذف) وأما قياسه على الشهادة فمع الفارق لان اعتبار العدد فى الشهادة انما هو لتقليل التهمة ولا تهمة فى الاقرار اذ لا يتهم الانسان فى حق نفسه بما يضره ضررا بالغا على أن الاقرار الاول اما صادق فالثانى لا يفيد شيأ اذ لا يزداد صدقا وإما كاذب فبالثانى لا يصير صادقا فظهر أنه لا فائدة فى تكراره فان قيل فائدته رفع احتمال كونه يرجع عنه أجاب المصنف بقوله وباب الرجوع فى حق الحد لا ينتفى بالتكرار فله أن يرجع بعد التكرار فيقبل فى الحدود ولا يصح فى المال رجوعه بوجه (لان صاحب المال يكذبه) فلا يقبل رجوعه وأما النظر المذكور أعنى اشتراط كون الاقرار بالزنا متعددا كما فى الشهادة به فلا نسلم أن ذلك بطريق القياس وكيف وحكم أصله وهو الزيادة فى العدد معدول عن القياس فالواقع أن كلا من تعدد الشهادة وتعدد الاقرار فى الزنا ثبت بالنص ابتداء لا بالقياس والله سبحانه وتعالى أعلم ﴿فروع﴾ من علامة العيون قال أنا سارق هذا الثوب يعنى بالاضافة قطع ولو نون القاف لا يقطع لانه على الاستقبال والاول على الحال وفى عيون المسائل قال سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع فى العشرة دنانير و يضمن مائة درهم هذا اذا ادعى المقر له المالين وهو قول أبى حنيفة لانه رجع عن الاقرار بسرقة مائة وأقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الاقرار بالسرقة الاولى فى حق القطع ولم يصح فى حق الضمان وصح الاقرار بالسرقة الثانية فى حق القطع وبه ينتفى الضمان بخلاف ما لو قال سرقت مائة بل مائتين فانه يقطع ولا يضمن شيأ ولو ادعى المقر له المائتين لانه أقر بسرقة مائتين فوجب القطع وانتفى الضمان والمائة الاولى لا يدعيها المقر له بخلاف الاولى ولو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع و يضمن المائتين لانه أقر بسرقة مائتين ورجع عنهما فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الاقرار بالمائة اذ لا يدعيها المسروق منه ولو أنه صدقه فى الرجوع الى المائة لا ضمان (قوله ويجب بشهادة شاهدين كما فى سائر الحقوق) وهذا باجماع الامة

وكل ما يظهر بشهادة شاهدين يظهر بالاقرار مرة واحدة كالقصاص وحد القذف وغيرهما وكل ما يظهر بالاقرار مرة واحدة يكتفى به فلا حاجة الى الزيادة واذا تلمحت هذا البيان وجدت الاعتراض بان الزنا أيضا يظهر بالاقرار مرة ساقطا (قوله ولا اعتبار بالشهادة) جواب عن قياس احدى الحجتين بالاخرى ببيان الفارق وهو ما ذكر ان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد فى الاقرار شيأ لانه لا تهمة فيه وقوله (وباب الرجوع) جواب عما يقال انما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع كما فى الزنا ووجه ذلك انه لو أقر مرارا كثيرة ثم رجع صح رجوعه فى حق الحد لانه لا مكذب له فيه بخلاف الرجوع عن المال فان له فيه مكذبا وهو صاحب المال فلا يصح فظهر بهذا أن لا فائدة فى تكرار الاقرار لا فى حق القطع ولا فى حق اسقاط ضمان المال بالاقرار وقوله (واشتراط الزيادة فى الزنا) جواب عن قوله وكذلك اعتبرنا فى الزنا

(قوله وجدت الاعتراض الى قوله ساقطا) أقول الاعتراض للسغناقى

(وينبغي أن يسألهما الامام عن كيفية السرقة) فيقول له كيف سرقت لجواز انه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع فانه لا يقطع فيه عند أبي حنيفة ومحمد (وعن ماهيتها) لجواز أن يكون المأخوذ شيأ تافها ولا قطع فيه وهذا مشكل لان ماهية السرقة على ماقدمنا لايذكرها الا آحاد الفقهاء فيحتاج الى حضور الفقهاء شرط الظهور وفي ذلك سد باب القطع (وعن زمانها) فيما يثبت بالبينة لجواز تقادم العهد المانع عن القطع لوجود التهمة بخلاف ما اذا ثبت بالاقرار فان التقادم فيه ليس بمانع لعدمها فلا يسأل عن الزمان فان قيل الشاهد في تأخير الشهادة هنا غير متهم لانه لا يقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي أن لا يسأل فيما اذا ثبت بالبينة كما لا يسأل فيما اذا ثبت بالاقرار قلنا ان الجواب قد تقدم في باب الشهادة على الزنا (وعن مكانها) لجواز أنه سرق من غير الحرز أو في دار الحرب وقال في المحيط ويسألهما عن المسروق منه أيضا لجواز أن يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه أو أحد الزوجين ولعله مستغنى عنه لان المسروق منه حاضر يخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة الى السؤال عن ذلك وقوله (ويحبسه) أى المشهود عليه لانه صار متهما بالسرقة فيحبس لما روينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وقوله (واذا اشترك جماعة) ظاهر واستشكل بما اذا قتل جماعة واحدا فانهم يقتلون كلهم وان لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال وأجيب بأن القصاص يتعلق باخراج الروح وهو لا يتجزأ فيضاف الى كل واحد منهم كلا والله أعلم

ويبغي أن يسألهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه إلى أن يسأل عن الشهود للتهمة قال (واذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان أصابه أقل لا يقطع) لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

الامة (قوله وينبغي أن يسألهما الامام عن كيفية السرقة) أى كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع معها كأن نقب الجدار وأدخل يده فأخرج المتاع فانه لا يقطع على ظاهر المذاهب الثلاثة أو أخرج بعض النصاب ثم عاد وأخرج البعض الآخر أو ناول رفيقا له على الباب فأخرجه ويسألهما (عن ماهيتها) فانها تطلق على استراق السمع والنقص من أركان الصلاة (وعن زمانها) لاحتمال التقادم وعند التقادم اذا شهدوا يضمن المال ولا يقطع على ما مر وتقدم أيضا ما أورد من أن التقادم ينبغي أن لا يمنع قبول الشهادة على القطع لان الشاهد لا يتهم في تأخيره لتوقفه على الدعوى وتقدم جوابه للمصنف ولقاضيخان ويسألهما عن المكان لاحتمال أنه سرق في دار الحرب من مسلم وهذا بخلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالاقرار حيث لا يسأل القاضي المقر عن الزمان لان التقادم لا يبطل الاقرار ولا يسأل المقر عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره اتفاقا وفي الكافي وعن المسروق اذ سرقة كل مال لا توجب القطع كما في الثمر والكثرى وقدره لاحتمال كونه دون نصاب وعن المسروق منه لان السرقة من بعض الناس لا توجب القطع كذي الرحم المحرم ومن الزوج وقال في المبسوط لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لانه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة الى السؤال عنه وأنت تعلم أن شهادتهم بأنه سرق من هذا الحاضر وخصومة الحاضر لا يستلزم بيانهما النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم أن يقول سرق مالي وأنا مولاه أو حده وانما يسأل عن هذه الامور احتياطا للدرء واذا بينوا ذلك على وجه لا يسقط الحد فان كان القاضي عرف الشهود بالعدالة قطعه وان لم يكن يعرف حالهم حبس المشهود عليه حتى يعدلوا لانه صار متهما بالسرقة والتوثق بالتكفيل ممتنع لانه لا كفالة في الحدود وهنا نظر وهو أن اعطاء الكفيل بنفسه جائز وعلى قول أبي يوسف يجبر ولم يقع تفصيل في هذا الحكم أعني حبسه عند اقامة البينة حتى يزكوا ومقتضى ما ذكر من أنه يحبس بتهمة ما يوجب الحد لا التعزير بسبب أنه صار متهما بالفساد أنه لو صح التكفيل ينبغي أن لا يعدل عن حبسه بسبب ما لزمه من التهمة بالفساد في الارض ولذا ذكر في الفتاوى من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن الى أن يظهر التوبة بخلاف من يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلاة فانه يحبس ويؤدب ثم يخرج وفي التجنيس من علامة النوازل لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجة له غير مشغول بالسرقة ليس له أن يقتله وله أن يأخذه وللامام أن يحبسه حتى يتوب لان الحبس زجر التهمة مشروع واذا عدل الشاهدان والمسروق منه غائب لم يقطعه الا بحضرته وان كان حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع أيضا حتى يحضرا وكذا في الموت وهذا في كل الحدود سوى الرجم ويمضي القصاص ان لم يحضروا استحسانا هكذا في كافي الحاكم (قوله واذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان أصاب أقل لا يقطع) ومعلوم تقييد قطعهم بما

(قوله لان المسروق منه حاضر يخاصم الخ) أقول فيه تأمل قال المصنف (ويحبسه) أقول تعزيرا لا توثيقا قال الاتقاني بالنصب عطف على قوله ان يسألهما وانما يحبسه الى ان يسأل عن عدالة الشهود لأن التوثيق بالكفالة ليس بمشروع فيما مبناه على الدرء انتهى وقد مر في أوائل الحدود ما يتعلق بالدرء فراجعه

لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب مسروقا يوجب القطع ومسروقا لا يوجبه وان وجد فيه النصاب ولا يرد ما قيل كان الواجب أن يذكر قوله واذا اشترك جماعة في سرقة في هذا الباب لانه ان أصاب كل

واحد منهم نصاب كان مما يقطع فيه وان أصابه أقل كان مما لا يقطع فيه لان هذا الباب لبيان ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجود النصاب (قوله لا قطع فيما يوجد تافها) ظاهر والمغرة بالفتحات الثلاث الطين الاحمر وتسكين الغين فيه لغة وقوله (وما يوجد جنسه) مبتدأ وقوله حقير خبره وقوله (بصورته) احترازعن الابواب والاواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فان في سرقتها القطع وان كان أصلها من الخشب وأصل الحصر يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها الاصلية بالصنعة المتقومة وقوله (غير مرغوب فيه) نصب على الحال وهو احترازعن الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فانها توجد مباحا في دار الاسلام ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب وروى هشام عن محمد اذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة وهي أن تكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع ووجه الظاهر أنها ليست بتافه جنسا فان كل من يتمكن من أخذه لا يتركه عادة وقوله

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

(ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة) والاصل فيه حديث عائشة قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام في الشيء التافه أي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به

اذا لم يكن منهم أحد ذو رحم محرم من المسروق منه ولا صبي وعند مالك يقطعون وان لم يصب أحدهم نصاب بعد كون تمام المسروق ثلاثة دراهم لدخولهم تحت النص قلنا القطع لكل سارق بسرقته نصابا ولم يوجد فلا يجب الحد يعني أنه وجد من كل منهم جناية السرقة وذلك لا يوجب القطع بمجرده بل حتى يكون ما سرقه نصابا والله أعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ما يقطع فيه هو المسروق وهو متعلق السرقة اذ هو محلها فهو ثان بالنسبة الى نفس الفعل فلذا أخره عن بيان السرقة وما يتصل بها (قوله لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام) أي اذا سرق من حرز لا شبهة فيه بعد ان أخذوا حرز وصار مملوكا كالتافه والتفه الحقير الخسيس من باب لبس (كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد) بريا أو بحريا (والزرنيخ والمغرة) وهو بفتح الغين المعجمة الطين الاحمر ويجوز اسكانها (والنورة) (قوله والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها) هو ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ومسنده حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة قالت لم يكن السارق يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه زاد في مسنده ولم يقطع في أدنى من ثمن جحفة أو ترس ورواه مرسلا أيضا حدثنا وكيع عن هشام بن عروة عن أبيه وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا ابن جريج عن هشام به وكذا اسحق بن راهويه أخبرنا عيسى بن يونس عن هشام ورواه ابن عدي في الكامل مسندا أخرجه عن عبد الله بن قبيصة الفزاري عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة ولم يقل في عبد الله هذا شيأ الا أنه قال لم يتابع عليه ولم أر للمتقدمين فيه كلاما فذكرته لابين ان في رواياته نظرا ولا يخفى أن هذه المرسلات كلها جاءة وقد تقدم وصله من حديث ابن أبي شيبة ومتابعة عبد الرحيم بن سليمان واذ عرف هذا فقال المصنف (ما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته) أي الاصلية بأن لم يحدث فيه صنعة متقومة (غير مرغوب فيه حقير) فيكون متناول النص فلا يقطع بالحديث المذكور والكتاب مخصوص بقاطع فجاز مطلقا وقوله (بصورته) ليخرج الابواب والاواني من الخشب و(غير مرغوب فيه) ليخرج نحو المعادن من الذهب والفضة والصفر واليواقيت واللؤلؤ ونحوها من الاحجار لكونها مرغوبا فيها فيقطع في كل ذلك وعلى هذا نظر بعضهم في الزرنيخ فقال ينبغي أن يقطع به لانه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الاموال بخلاف الخشب لانه انما يدخل الدور للعمارة فكان احرازه ناقصا بخلاف الساج والآبنوس واختلف في الوسمة والحناء والوجه القطع لانه جرت العادة باحرازه في الدكاكين وقوله (تقل الرغبات فيه) يعني فلا تتوفر الدواعي على استحصاله وعلى المعالجة في التوصل اليه (ولا تضن به الطباع) اذا الضن حتى انه

(تقل الرغبات فيه) جملة استئنافية وقوله (والطباع لا تضن به) أي لا تبخل بفتح الضاد وهو الاصل وجاء بالكسر أيضا (قلنا

(قوله ولا يرد ما قيل) أقول القائل هو الاتقاني قال المصنف (غير مرغوب) أقول قال السكاكي وصاحب النهاية قوله غير بالنصب صفة لقوله مباحا وأما الشارح جعله حالا

وقوله (فقلما يوجد أخذه على كره من المالك) أي قليل وجود لحوق الملامة بالمالك عند أخذ هذه الأشياء منه بل يرضى بالأخذ توقيا عن لحوق سمة خساسة الهمة وتفاديا عن نسبته إلى دناءة الطبيعة فلا حاجة إلى شرع الزواجر وقوله (والطير يطير والصيد يفر) يعني لما كان الأمر كذلك قلت الرغبة فلا تشرع الزواجر في مثله وهو معطوف على قوله الخشب يلقى على الأبواب وقوله (وكذا الشركة العامة التي كانت فيه) أي فيما يوجد جنسه مباحا (وهو على تلك الصفة) أي الصفة التي كان عليها وهي مشتركة يحترز به عن الأبواب والأواني المتخذة من الخشب كما ذكرنا (تورث الشبهة) أي شبهة الإباحة بعد إحرازه (والحد يندرئ بها) وفي التعبير بالشركة العامة إشارة إلى قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاثة في الكلأ والماء والنار وقوله (لما ذكرنا) يعني قوله والطير يطير والصيد يفر والسمك المالح هو المقدد الذي فيه الملح وقوله (والحجة عليهما ما ذكرنا) يعني حديث عائشة وما ذكر بعده والجمار شحم النخل وهو شيء أبيض يقطع من رؤس النخل ويؤكل والودي صغار النخل وقوله (كالمهيا للأكل) يعني مثل الخبز واللحم وأمثالهما لأنه يقطع في الحنطة والسكر بالإجماع إذا لم يكن العام عام مجاعة وقحط أما إذا كان فلا قطع سواء كان مما يتسارع إليه الفساد أولا وقوله (كاللحم والثمر) اللحم راجع إلى قوله كالمهيا للأكل منه والثمر راجع إلى قوله وما في معناه فكان كلامه لفا ونشرا

فقلما يوجد أخذه على كره من المالك فلا حاجة إلى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب ولأن الحرز فيها ناقص ألا ترى أن الخشب يلقى على الأبواب وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للإحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في الطير وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليهما ما ذكرنا قال (ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة) لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عليه الصلاة والسلام لا قطع في الطعام والمراد والله أعلم ما يتسارع إليه الفساد كالمهيا للأكل منه وما في معناه كاللحم والثمر لأنه يقطع في الحنطة والسكر إجماعا

(قلما يوجد أخذه على كره من المالك) ولا ينسب إلى الجناية بناء على أن الضنة بها تعد من الخساسة وما هو كذلك لا يحتاج إلى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب قال المصنف (ولأن الحرز فيها ناقص) فإن الخشب بصورته الأولى يلقى على الأبواب وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للإحراز وذلك في زمانهم وأما في زماننا فيحرز في دكاكين التجار قال (والطير يطير) يعني من شأنه ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه والوجه أن قوله والطير يطير من بيان نقصان الحرز إلا أن هذا الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى (وكذا الشركة العامة التي كانت فيه) أي في الصيد قبل الإحراز بقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه (وهو) حال كونه (على تلك الصفة) أي الأصلية (تورث) الشركة العامة فيه (شبهة) بعد الإحراز فيمتنع القطع والوجه أن يحمل على أن الشبهة العامة الثابتة في الكل بالإباحة لأصلها ثابتة بالإجماع وأما قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاثة فإنما يتناول الحشيش والقصب بلفظ الكلأ ففيه قصور أيضا قال (ويدخل في السمك المالح والطري) وصوابه السمك المليح أو المملوح (وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا) يعني قوله والطير يطير فقل إحرازه عنه وأما قوله (ولإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في الطير) فحديث لا يعرف رفعه بل رواه عبد الرزاق بسنده فيه جابر الجعفي عن عبد الله بن يسار قال أتي عمر بن عبد العزيز برجل سرق دجاجة فأراد أن يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان لا قطع في الطير ورواه ابن أبي شيبة عن عبد الرحمن ابن مهدي عن زهير بن محمد عن يزيد بن خصيفة قال أتي عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيرا فاستفتى في ذلك السائب بن يزيد فقال ما رأيت أحدا قطع في الطير وما عليه في ذلك قطع فتركه عمر فإن كان هذا مما لا مجال للرأي فيه فحكمه حكم السماع وإلا فتقليد الصحابي عندنا واجب لما عرف (قوله وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين) وروى عنه إلا في الماء والتراب والطين والجص والمعازف والنبيذ لأن ما سوى هذه أموال متقومة محرزة فصارت كغيرها والإباحة الأصلية زالت وزال أثرها بالإحراز بعد التملك (وهو قول الشافعي والحجة عليهما ما ذكرنا) من حديث عائشة وثبوت الشبهة (قوله ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم) والخبز أيضا ذكره في الإيضاح وشرح الطحاوي ولا فرق في عدم القطع باللحم بين كونه مملوحا قديدا أو غيره (والفواكه الرطبة) وعن أبي يوسف يقطع بها وبه قال الشافعي لما روى عنه عليه الصلاة والسلام من رواية أبي داود والنسائي وابن ماجه عن عمرو بن

(قوله لحوق الملامة) أقول الظاهر أن يقال لحوق المشقة (قوله يعني كان الأمر كذلك الخ) أقول الأولى أن يقال ولما كان الأمر كذلك كان في حرزه نقصان فإن قوله ألا ترى أن الخشب الخ تنوير لنقصان الحرز

وقال الشافعي يقطع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لاقطع في ثمر ولا كثر فاذا آواه الجرين أو الجران قطع قلنا أخرجه على وفاق العادة والذى يؤويه الجرين فى عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال (ولا قطع فى الفاكهة على الشجر والزرع الذى لم يحصد) لعدم الاحراز

شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمر انه عليه الصلاة والسلام سئل عن الثمر المعلق فقال من أصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبنة فلاشئ عليه ومن خرج بشئ منه فعليه غرامة مثله ومن سرق منه شيأ بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع أخرجه أبو داود عن ابن عجلان وعن الوليد بن كثير وعن عبيد الله بن الاخنس وعن محمد بن اسحق أربعتهم عن عمرو بن شعيب به وأخرجه النسائى أيضا من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحرث وهشام بن سعد عن عمرو بن شعيب به وفى رواية ان رجلا من مزينة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحريسة التى تؤخذ من مراتعها فقال فيها ثمنها مرتين وضرب ونكال وما أخذ من عطنه ففيه القطع اذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن قال يارسول الله فالثمار وما أخذ منها فى أكمامها فقال من أخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شئ ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب ونكال وما أخذ من اجرانه ففيه القطع رواه أحمد والنسائى وفى لفظ ماترى فى الثمر المعلق فقال ليس فى شئ من الثمر المعلق قطع الا ما آواه الجرين فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع ومالم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات ونكال ورواه الحاكم بهذا المتن وقال قال امامنا اسحق ابن راهويه اذا كان الراوى عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كايوب عن نافع عن ابن عمر ورواه ابن أبى شيبة ووقفه على عبد الله بن عمرو وقال ليس فى شئ من الثمار قطع حتى يأوى الجرين وأخرجه عن ابن عمر مثله سواء أجاب (بانه أخرجه على وفق العادة والذى يؤويه الجرين فى عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع) لكن ما فى المغرب من قوله الجرين المربد وهو الموضع الذى يلقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن يقتضى أنه يكون فيه الرطب فى زمان وهو أول وضعه واليابس وهو الكائن فى آخر حاله فيه ثم ليس فى هذه الاحاديث لفظ الجران وكانه وقع فى بعض الالفاظ الجران فذكره المصنف على الشك وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منحره والجمع جرن فجاز ان يسمى به ههنا الجراب المتخذ منه فكانه قال حتى يؤويه المربد أو الجراب ثم المعنى من قوله حتى يؤويه الجرين أى المربد حتى يجف أى حتى يتم ايواء الجرين اياه فانه عند ذلك ينقل عنه ويدخل الحرز والا فنفس الجرين ليس حرزا ليجب القطع بالاخذ منه اللهم الا أن يكون له حارس يترصده والجواب انه معارض باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لاقطع فى ثمر ولا كثر وقوله لاقطع فى الطعام أما الاول فرواه الترمذى عن الليث بن سعد والنسائى وابن ماجه عن سفيان بن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان ان غلاما سرق وديا من حائط فرفع الى مروان فأمر بقطعه فقال رافع بن خديج قال النبى صلى الله عليه وسلم لاقطع فى ثمر ولا كثر ورواه ابن حبان فى صحيحه مرتين فى القسم الاول وفى القسم الثانى قال عبد الحق هكذا رواه سفيان بن عيينة ورواه غيره ولم يذكروا فيه واسعا انتهى وكذا رواه مالك والحاصل انه تعارض الانقطاع والوصل والوصل أولى لما عرف انه زيادة من الراوى الثقة وقد تلقت الامة هذا الحديث بالقبول فقد تعارضا فى الرطب الموضوع فى الجرين وفى مثله من الحدود يجب تقديم ما يمنع الحد درأ للحد ولان ما تقدم متروك الظاهر فانه لايضمن المسروق بمثلى قيمته وان نقل عن أحمد فعلماء الامة على خلافه لانه لا يبلغ قوة ثبوت كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فلا يصح عنه عليه الصلاة والسلام ذلك ففيه دلالة الضعف أو النسخ فينفرد هذا الحديث عن المعارض فبطل قول من قال بتقييد حديث الثمر والكثر بهذا التفصيل يعنى بفصل الحديث المذكور بين ان يأكله من أعلى النخل فلاشئ عليه أو يخرجه ففيه ضعف قيمته وجلدات

(وقال الشافعى رضى الله عنه يقطع فيها) أى فيما ذكرنا من اللبن واللحم والفواكه الرطبة والطعام (والجرين) المربد وهو الموضع الذى يلقى فيه الرطب ليجف وقيل هو موضع يدخر فيه التمر (والجران) مقدم عنق البعير من مذبحه الى منحره والجمع جرن فجاز أن يسمى الجراب المتخذ منه فكان المراد منه أحد الظرفين ويجوز أن يكون الشك من الراوى (قلنا أخرجه على وفاق العادة) فان فى عادتهم أن الجرين لايؤوى الا اليابس من الثمر وفيه القطع فى الرواية المشهورة قال (ولا قطع فى الفاكهة على الشجر والزرع) وكان هذا معلوما من قوله والفاكهة الرطبة لكن أعاده تمهيدا لقوله والزرع الذى لم يحصد لعدم الاحراز فيها

(ولاقطع فى الاشربة المطربة) لان السارق يتأول فى تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفى مالية بعضها اختلاف فتحقق شبهة عدم المالية قال (ولافى الطنبور) لانه من المعازف (ولافى سرقة المصحف وان كان عليه حلية) وقال الشافعى يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن أبى يوسف مثله وعنه أيضا انه يقطع إذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها ووجه الظاهر أن الآخذ يتأول فى أخذه القراءة والنظر فيه ولانه لامالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هى توابع ولامعتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب

نكال أو يأخذه من بيدره فيقطع والكثر الجمار وقيل هو الودى وهو صغار النخل وجزم فى المغرب انه خطأ وأما الحديث الثانى فأخرجه أبوداود فى المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصرى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال انى لاأقطع فى الطعام وذكره عبد الحق ولم يعله بغير الارسال وأنت تعلم انه ليس بعلة عندنا فيجب العمل بموجبه وحينئذ يجب اعتباره فى غير محل الاجماع ولما كان الاجماع على انه يقطع فى الحنطة والسكر لزم ان يحمل على ما يتسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل منه وما فى معناه كاللحم والثمار الرطبة مطلقا فى الجرين وغيره هذا والقطع فى الحنطة وغيرها اجماعا انما هو فى غير سنة القحط وأما فيها فلا سواء كان مما يتسارع اليه الفساد أولا لانه عن ضرورة ظاهرا وهى تبيح التناول وعنه عليه الصلاة والسلام لاقطع فى مجاعة مضطر وعن عمر رضى الله عنه لاقطع فى عام سنة (قوله ولاقطع فى الاشربة المطربة) أى المسكرة والطرب استخفاف العقل وما يوجب الطرب شدة حزن وجزع فيستخف العقل فيصدر منه مالايليق كما تراه من صياح الثكليات وضرب خد ودهن وشق جيوبهن فيما لايجدى نفعا ويسلب أجر مصيبتهن ثم يوجب لعنهن من الله تعالى ورسوله وشدة سرور فيوجب ما هو معهود من الثمالى والمسئلة بلاخلاف اما عند الائمة الثلاثة فلانها كالخمر عندهم وعندنا ان كان الشراب حلوا فهو مما يتسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان خمرا فلا قيمة لها وان كان غيرها فللعلماء فى تقومه اختلاف فلم يكن فى معنى ما ورد به النص من المال المتقوم فلا يلحق به فى موضع وجوب الدرء بالشبهة ولان السارق يحمل حاله على أنه يتأول فيها الاراقة فتثبت شبهة الاباحة بازالة المنكر وفى سرقة الاصل يقطع بالخل ونقل الناطفى من كتاب المجرد قال أبو حنيفة لاقطع فى الخل لانه قد صار خمرا مرة وفى نوادر ابن سماعة برواية على بن الجعد لاقطع فى الرب والجلاب (قوله ولافى الطنبور) ونحوه من آلات الملاهى بلاخلاف أيضا لعدم تقومها حتى لايضمن متلفها وعند أبى حنيفة وان ضمنها لغير اللهو الا أنه يتأول آخذه للنهى عن المنكر والمعازف جمع المعزف وهى آلة اللهو (قوله ولافى سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعى) ومالك وهو رواية عن أحمد (يقطع) وهو رواية عن أبى يوسف فيما اذا بلغت حليته نصابا وفى رواية أخرى عنه يقطع مطلقا لانه مال محرز يباع ويشترى ولان ورقه مال وبما كتب فيه ازداد به ولم ينتقص وفى رواية أخرى عن أحمد ان أخذه يتأول القراءة لازالة الاشكال لايقطع (وجه الظاهر أن الآخذ يتأول فى أخذه القراءة والنظر فيه) ولان المالية للتبع وهى الحلية والاوراق لا للمتبوع وهو المكتوب (واحرازه لاجله) والآخذ أيضا يتأول أخذه لاجله لا للتبع (ولامعتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها الخمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب) لايقطع وكمن سرق صبيا وعليه حلى كثير لايقطع لان المقصود ليس المال قال فى المبسوط ألاترى انه لو سرق ثوبا لايساوى عشرة ووجد فى جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها لم أقطعه وان كان يعلم بها فعليه القطع وعن أبى يوسف عليه القطع فى الاحوال كلها لان سرقته تمت فى نصاب كامل ولكنا نقول ان السارق انما قصد اخراج ما يعلم به دون ما لايعلم به واذا كان عالما بالدراهم فقصده أخذ الدراهم

(ولاقطع فى الاشربة المطربة) أى المسكرة قال فى الصحاح الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن أوسرور وفسر السكر فى أصول الفقه بأنه غلبة سرور فى العقل فالتقيا فى معنى السرور فلذلك استعير الاطراب للاسكار قال الامام التمرتاشى لاقطع فى الاشربة المطربة المسكرة وهو يؤذن بصحة تفسير المطربة بالمسكرة وقوله (لان بعضها ليس بمال) أى بمال متقوم كالخمر (وفى مالية بعضها اختلاف) يعنى كالمنصف والباذق وماء الذرة والشعير لانها عند أبى حنيفة رضى الله عنه متقومة خلافا لهما وانما قيد الاشربة بكونها مطربة لما انه ذكر فى الايضاح ويقطع فى الخل لانه لايتسارع اليه الفساد كذا فى النهاية ونقل الناطفى عن كتاب المجرد عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه قال لاقطع فى الخل لانه قد صار خمرا مرة (ولافى الطنبور لانه من المعازف) والمعازف آلات اللهو والتى يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب قوله (ولافى سرقة المصحف) ظاهر

(قوله والمعازف آلات اللهو) أقول بالعين المهملة قال المصنف (ويقطع فى سرقة العبد الصغير) أقول فيه بحث لانه يمكن أن يتأول فى أخذه اسكاته كما فى الحر الصغير فتأمل فى جوابه

(ولا قطع في أبواب المسجد) لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل أولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال (ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد) لانه يتأول من أخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذى عليه التمثال لانه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن أبي يوسف انه ان كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز (ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلى) لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلى تبع له ولانه يتأول في أخذه الصبي اسكاته أو حمله الى مرضعته وقال أبو يوسف يقطع اذا كان عليه حلى هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره

بخلاف ما اذا لم يعلمها فان قصده الثوب وهو لا يساوى نصابا وقد تقدم في مثله أنه ان كان الثوب مما يجعل وعاء عادة للدراهم قطع والا لا وهذا ردد بين العلم وعدمه فالحاصل أنه يعتبر ظهور قصد المسروق فان كان الظاهر قصد النصاب من المال قطع والا لا وعلى هذا فمسئلة العلم بالمصرور وعدمه صحيح الا أن كونه يعلم أو لا يعلم وهو المدار في نفس الامر لا يطلع عليه ولا يثبت الا بالاقرار وما تقدم هو ما اذا لم يقر بعلمه بما في الثوب فانه لا يقطع حتى يكون معه دلالة القصد اليه وذلك بأن يكون كيسا فيه الدراهم فلا يقبل قوله لم أقصد لم أعلم (قوله ولا قطع في أبواب المسجد لعدم الاحراز) وقال الشافعي يقطع وبه قال ابن القاسم صاحب مالك لانه محرز باحراز مثله وكذا يقطع عندهم في باب الدار فقياسه عليه من رد المختلف الى المختلف والوجه ما قلنا ولا شك في انه اما ليس محرزا أو في حرزه شبهة اذ هو باد للغادى والرائح ومعها ينتفي الحد على أن المصنف لم يذكر ذلك في مقام نصب الخلاف ليلزمه ذلك بل أثبته لنفسه على أصوله فانه لم ينصب خلافا وانما يعترض بذلك لو نصب الخلاف وأفاد المصنف في أثناء المسئلة أنه لا قطع بسرقة متاع المسجد كحصره وقناديله لعدم الحرز وكذا لا يقطع في أستار الكعبة وهو قول مالك وأحمد والاصح من قول الشافعي لانه لا مالك له وبهذا الوجه ينتفي القطع في باب المسجد (قوله ولا في صليب من الذهب أو الفضة ولا الشطرنج) ولو كان من ذهب وهو بكسر الشين بوزن قرطعب (ولا النرد) لانه يتأول من أخذها الكسر أى اباحة الاخذ للكسر (نهيا عن المنكر) فلا يجب الاضمان ما فيه من المالية والصليب ما هو بهيئة خطين متقاطعين ويقال لكل جسم صلب (وعن أبي يوسف ان كان الصليب في مصلاهم) أى معابدهم (لا يقطع لعدم الحرز) لانه بيت مأذون في دخوله وان كان في يد رجل في حرز لا شبهة فيه يقطع لانه مال محرز على الكمال وجوابه ما ذكرنا من تأويل الاباحة وهو عام لا يخص غير الحرز وهو المسقط (قوله ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلى) يبلغ نصابا وقيد بالحر ليخرج العبد على ما سيأتي والحلى بضم الحاء المهملة جمع حلى بفتحها ما يلبس من ذهب أو فضة أو جوهر (وقال أبو يوسف يقطع اذا بلغ ما عليه نصابا لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم) فلو كان يمشي ويتكلم ويميز لا يقطع اجماعا لانه في يد نفسه فكان أخذه خداعا ولا قطع في الخداع وحيث لم يذكر الحاكم في الكافي الخلاف عن أصحابنا ومن ذكره كصاحب المختلف ذكر أنه ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف يقطع قيل كان ينبغي للمصنف أن يقول وعن أبي يوسف والا أوهم انه مذهبه المعول عليه عنده وليس كذلك وقال مالك والحسن والشعبي يقطع بسرقة غير المميز الحر لانه كالمال وجه الظاهر أن الصبي اذا كان كما ذكرنا يكون هو المقصود بالاخذ دون ما عليه والا لاخذ ما عليه وتركه وهو ليس بمال ولا قطع الا بأخذ المال فلا يقطع وان كان اثمه وعقابه أشد من سارق المال ففي الحديث القدسي عن رب العزة جل جلاله ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه عمله ولم يوفه أجره لكن القطع الذى هو العقوبة الدنيوية لم يثبت عليه شرعا وأما التأويل الذى ذكره من قصد تسكيته أو

(والصليب) شيء مثلث كالتمثال يعبده النصارى (والشطرنج) بكسر الشين (والنرد) معروفان ولا قطع فيهما وان كانت من ذهب أو فضة وقوله (ان كان الصليب في المصلى) أى في موضع صلاة النصارى وهو معبدهم وقوله (وما عليه من الحلى تابع) لا يقال يجوز أن يكون مقصودا من الاخذ هو الحلى فلا يكون تابعا لانه لو كان ذلك مقصوده لاخذ الحلى وترك الصبي وقوله (لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره) معناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب وضم ما لا يجب فيه القطع الى ما يجب فيه القطع لا يسقطه كما لو سرق ثوبا خلقا لا يساوى نصابا وفيه عشرة دراهم مضروبة

وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ أو ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كي لا يكون في يد نفسه (ولا قطع في سرقة العبد الكبير) لانه غصب أو خداع (ويقطع في سرقة العبد الصغير) لتحقق بحدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه هو والبالغ سواء في اعتبار يده. وقال أبو يوسف لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمي من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به أو بعرض ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية (ولا قطع في الدفاتر كلها) لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال (الا في دفاتر الحساب) لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد

ابلاغه الى مرضعته فبعيد بعد فرض تحقق سرقته الظاهر منها خلافه (وعلى هذا الخلاف اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ أو ثريد) أو كلبا عليه قلادة فضة يقطع على رواية أبي يوسف وهو قول الائمة الثلاثة ولابي حنيفة ومحمد ان الاناء تابع واذا لم يجب في المتبوع القطع لم يجب في التابع واعتقادي وجوب القطع في الاناء المماين ذهبيته وان كان فيه ما كان فان تبعيته باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالاخذ اليه بل الظاهران كلا منهما أصل مقصود بالاخذ بل القصد اليه أظهر منه الى ما فيه لانه يتوصل بماليته الى أضعاف ما فيه والمانع من القطع انما هو التبعية في قصد الاخذ لا اعتبار غيره ولا ظاهر يفيده وما وافق ما ذكرناه ما في التجنيس من علامة العيون سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع وكذا اذا سرق حمارا يساوي تسعة وعليها كاف يساوي درهما بخلاف ما لو سرق قمقمة فيها ماء يساوي عشرة لانه سرق ماء من وجه وهو نظير ما تقدم من المبسوط فيمن سرق ثوبا لا يساوي عشرة مصرورعليه عشرة قال يقطع اذا علم ان عليه مالا بخلاف ما اذا لم يعلم (قوله ولا قطع في سرقة العبد الكبير) يعني العبد المميز المعبر عن نفسه بالاجماع الا اذا كان نائما أو مجنونا أو أعجميا لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فحينئذ يقطع ذكر الاستثناء ابن قدامة ولم يذكره مشايخنا بل نصوا على انه لا قطع في الآدمي الذي يعقل سواء كان نائما أو مجنونا أو أعجميا وقالوا هو ليس بسرقة بل اما غصب أو خداع (ويقطع في سرقة العبد الصغير) الذي ليس كذلك بالاجماع لانه مال متقوم هكذا حكى الاجماع ابن المنذر مع ان أبا يوسف قال استحسن ان لا أقطعه لانه مال من وجه آدمي من وجه فصار كونه آدميا شبهة في ماليته فيندرئ الحد فالدفع منهما لا بد أن يتسلط على هذه النكتة فسوق استدلالهما كما قيل ولهما ان حقيقة السرقة وهو أخذ مال معتبر خفية من حرز لا شبهة فيه مع باقي الشروط قد وجدت فيجب القطع غير واف بالمقصود وقول المصنف (ولهما انه مال مطلق لانه منتفع به) ان كان يمشي ويعقل (أو بعرض أن يصير منتفعا به) ان كان بخلاف ذلك أحسن منه لتضمن لفظ مطلق منع أن في ماليته شبهة وانضمام معنى الآدمية اليه لا يوجبها بعد صدق معنى المال الكامل عليه كيف وهو من أعز الاموال عند الناس وما فيه من المالية بصيره كمال فيما ليس بمال فسارقه كسارق درة نفيسة فيما ليس بمال ولو قال قائل بل المعنى على القلب وهو سرقة ما ليس بمال فيما هو مال لم يبعد فيقتصر على منع ثبوت الشبهة في ماليته بما قلنا (قوله ولا قطع في الدفاتر كلها الا ان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ) لانه لا يستفيد لآخذه نفعا (فكان المقصود الكواغد) ويدخل في عموم ولا يقطع في الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من العربية والشعر وقد اختلف في غيرها فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها وقيل بكتب الشريعة لان معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر والحاجة وان قلت كفت في ايراث الشبهة ومقتضى هذا انه لا يختلف في القطع بكتب السحر والفلسفة لانه لا يقصد ما فيها لاهل الديانة فكانت سرقة صرفا ولان عدم القطع بالحاقها بالكتب الشرعية وليست اياها اذ لا تتوقف معرفة الشريعة على ما فيها بخلاف كتب الادب والشعر ويمكن في كتب الحساب

وقوله (وعلى هذا اذا سرق اناء فضة) ظاهر (والدفاتر) جمع دفتر وهي الكراريس ولا قطع فيها كلها سواء كانت للتفسير أو للحديث أو للفقه لان المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الاوراق وهو مال متقوم فاذا بلغ قيمته نصابا يقطع وعموم كلامه يشعر بان دفاتر الاشعار كدفاتر الفقه في عدم وجوب القطع لكونها محتاجا اليها لمعرفة اللغة ومعاني القرآن والحاجة وان قلت كفت لايراث الشبهة ومن الناس من ألحقها بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج اليها في معرفة أحكام الشرع

قال المصنف (الا أنه انضم اليه معنى الآدمية) أقول والانضمام غير التبعية فتأمل

(ولاقطع فى سرقة كلب ولافهد) وهو ظاهر (ولا فى دف ولا طبل) والدف بضم الدال وفتحها الذى يلعب به وهو نوعان مدور ومربع والمراد بالطبل طبل اللهو وأما طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشايخ واختار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لانه كما يصلح الغزو يصلح لغيره فتمكن فيه الشبهة وقوله (لان عندهما لاقيمة لها) بدليل ان متلفه لايضمنه (وعند أبى حنيفة) وان كان

يجب الضمان على المتلف فهى متقومة لكن (آخذها يتأول الكسر فيها) فكان ذلك شبهة (والساج) خشب يجلب من الهند (والقنا) بالكسر جمع قناة وهى خشبة الرمح (والآبنوس) بمد الهمزة وفتح الباء معروف وقوله (ولا توجد بصورتها مباحة فى دار الاسلام) وانما قيده بدار الاسلام لان الاموال كلها باقية على الاباحة فى دار الحرب وقوله (واذا اتخذ من الخشب أوان) فرق بين العمل المتصل بالخشب والعمل المتصل بالحشيش بغلبة الصنعة على الاصل ففى الخشب تغلب الصنعة على الجنس فتخرجه عن الجنس المباح بازدياده ل فى قيمته و يعزه بحيث انهم يدخلونه فى الحرز وأما الحشيش فليس كذلك ولهذا يفرشونه فى غير الحرز حتى لو غلب الصنعة على الاصل كالحصر البغدادية يجب القطع وقوله (وانما يجب القطع) أى فى الابواب (فى غير المركب) بالجدار أما اذا كانت مركبة فى الجدار فقلعها فأخذها فانه لا يقطع لان القطع انما يكون فى مال محرز لا فيما يحرز به وما فى البيت من المتاع فانما يحرز بالابواب المركبة فلا تكون محرزة قيل هذا فى الباب البرانى وأما فى الباب الثانى فى الداخل ففيه القطع لانه محرز بالبرانى وقوله (وانما يجب اذا كان خفيفا) ظاهر

قال (ولا فى سرقة كلب ولافهد) لان من جنسها يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر فى مالية الكلب فأورث شبهة (ولاقطع فى دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار) لان عندهما لاقيمة لها وعند أبى حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها (ويقطع فى الساج والقنا والآبنوس والصندل) لانها أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة فى دار الاسلام قال (ويقطع فى الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد) لانها من أعز الاموال وأنفسها ولا توجد مباح الاصل بصورتها فى دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة (واذا اتخذ من الخشب أوانى وأبواب قطع فيها) لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط فى غير الحرز وفى الحصر البغدادية قالوا يجب القطع فى سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع فى غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب فى سرقته

والهندسة عدم القطع وعند الائمة الثلاثة يقطع بالكل من كتب الشريعة وغيرها لانها مال متقوم وأنت سمعت ما به الدفع (قوله ولا فى سرقة كلب ولافهد) بالاجماع خلافا لاشهب قرين ابن القاسم فانه قال عدم القطع فى المنهى عن اتخاذه أما فى المأذون فى اتخاذه ككلب الصيد والماشية فيقطع وقلنا هو مباح الاصل وبحسب الاصل هو (غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر فى مالية الكلب فأورث شبهة) فيها (قوله ولاقطع فى دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار) وكذا جميع آلات اللهو (لان عندهما لاقيمة لها وعند أبى حنيفة يتأول فى أخذها الكسر) وفى دال الدف الضم والفتح واختلف فى طبل الغزاة فقيل لا يقطع به واختاره الصدر الشهيد لانه يصلح للهو وان كان وضعه لغيره وقيل يقطع لانه مال متقوم ليس موضوعا للهو فليس آلة لهو (قوله ويقطع فى الساج والقنا والآبنوس) وهو بفتح الباء فيما سمع (والصندل) والعود الرطب لان كل هذه ليست مباحة فى دار الاسلام وهو المعتبر فأما كونها توجد مباحة فى دار الحرب فليس فيه شبهة فى سقوط القطع لان سائر الاموال حتى الدنانير والدراهم مباحة فى دار الحرب ومع هذا يقطع فيها فى دارنا وروى هشام عن محمد لا قطع فى العاج مالم يعمل وكذا نقل البقالى عن محمد فى الآبنوس والظاهر القطع كما ذكرنا ومقتضى النظر عدم القطع فى العاج لما قيل من نجاسة عين الفيل فانه ينفى مالية العاج فلا أقل من ان تثبت الشبهة فى المالية (ويقطع فى الفصوص النفيسة (والزبرجد لانها من أعز الاموال ولا توجد مباحة الاصل فى دار الاسلام فصارت كالذهب) (قوله واذا اتخذ من الخشب أوانى وأبواب قطع فيها لانه) أى الخشب (بالصنعة التحقت بالاموال النفيسة) ولهذا تحرز (بخلاف الحصير لان الصنعة لم تغلب على الجنس) لتنقطع ملاحظته بها فلم تخرج بها من كونها تافها بين الناس (حتى ان الحصير يبسط فى غير الحرز) وكذا القصب المصنوع بوارى بخلاف الخشب فانه غلبة الصنعة فيه على الاصل فقطع فيما اتصلت به منه حتى لو غلبت فى الحصر أيضا قطع فيها كالحصر البغدادية والعبدانية فى ديار مصر والاسكندرانية وهى العبدانية ويقطع عند الائمة الثلاثة بالحصر مطلقا هذا وفى عيون المسائل سرق جلود السباع المدبوغة لا يقطع فاذا جعلت مصلى أو بساطا يقطع هكذا قال محمد لانها اذا جعلت ذلك خرجت من

(قوله وقوله لان عندهما لاقيمة لها بدليل أن متلفه لايضمنه) أقول أى بدليل عدم تضمين المتلف عندهما على ان مذهبهما ذلك يعنى لاقيمة لهذه الأشياء عندهما فلا يقطع

(ولا قطع على خائن ولا خائنة) لقصور في الحرز (ولا منتهب ولا مختلس) لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال عليه الصلاة والسلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن

ان تكون جلود السباع لانها أخذت اسما آخر اه وهذا ظاهر في ان غلبة الصنعة التي ينقطع حكم الجنس بها أن يتجدد لها اسم وعلمت عدم القطع في الحصر التي ليست بنفيسة مع تجدد اسم آخر لها فليكن ذلك لنقصان احرازها حيث كانت تبسط في غير الحرز أولان شبهة التفاهة فيها كما قالوا انه لا يقطع في الملح لذلك ولا يقطع في الآجر والفخار لان الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها وظاهر الرواية في الزجاج أنه لا يقطع لانه يسرع اليه الكسر فكان ناقص المالية وعن أبي حنيفة يقطع كالخشب اذا صنع منه الاواني ثم انما يقطع في الباب المصنوع من الخشب اذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز أما المركب فلا يقطع به عند نا فصار كسرقة ثوب بسط على الجدار الى السكة وغير المركب لا يقطع به اذا كان ثقيلا لا يحمله الواحد لانه لا يرغب فيه ونظر فيه بأن ثقله لا ينافي ماليته ولا ينقصها فانما نقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح هذا امتنع القطع في فردة حمل من قماش ونحوه وهو منتف ولذا أطلق الحاكم في الكافي القطع في كتاب الجامع وفي الشامل في كتاب المبسوط وقدمر أن عند الائمة الثلاثة يقطع في باب الدار لانه مال متقوم ومحرز بحرز مثله فيه وحرز حائط الدار بكونه مبنيا فيها اذا كانت في العمران وما كان حرز النفسه يكون حرزا لغيره وهذا عندنا ممنوع ولو اعتبر مثله أمكن اعتبار الحرز في كل شيء (قوله ولا قطع على خائن ولا خائنة الخ) وهما اسما فاعل من الخيانة وهو أن يؤتمن على شيء بطريق العارية أو الوديعة فيأخذه ويدعي ضياعه أو ينكر أنه كان عنده وديعة أو عارية وعلله بقصور الحرز لانه قد كان في يد الخائن وحرزه لا حرز المالك على الخلوص وذلك لان حرزه وان كان حرز المالك فانه أحرزه بايداعه عنده لكنه حرز مأذون للسارق في دخوله (قوله ولا منتهب) لانه مجاهر بفعله لا مختف فلا سرقة فلا قطع (وكذا المختلس) فانه المختطف للشيء من البيت ويذهب أو من يد المالك وفي سنن الاربعة من حديث جابر عنه عليه الصلاة والسلام قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع قال الترمذي حديث حسن صحيح وسكت عنه ابن القطان وعبد الحق في أحكامه وهو تصحيح منهما وتعليل أبي داود مرجوح بذلك وقد حكي الاجماع على هذه الجملة لكن مذهب اسحق بن راهويه ورواية عن أحمد في جاحد العارية انه يقطع لما في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها ان امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعها وجماهير العلماء أخذوا بهذا الحديث وأجابوا عن حديث عائشة بأن القطع كان عن سرقة صدرت منها بعد أن كانت أيضا متصفة مشهورة بجحد العارية فعرفتها عائشة بوصفها المشهور فالمعنى امرأة كان وصفها جحد العارية فسرقت فأمر بقطعها بدليل ان في قصتها ان اسامة بن زيد شفع فيها الحديث الى ان قال فقام عليه الصلاة والسلام خطيبا فقال انما هلك من كان قبلكم بأنهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه وهذا بناء على انها حادثة واحدة لامرأة واحدة لان الاصل عدم التعدد وللجمع بين الحديثين خصوصا وقد تلقت الامة الحديث الآخر بالقبول والعمل به فلو فرض انها لم تسرق على ما أخرجه أبو داود عن الليث حدثني يونس عن ابن شهاب قال كان عروة يحدث ان عائشة قالت استعارت امرأة تعني حليا على ألسنة أناس يعرفون ولا تعرف هي فباعته فأخذت فأتي بها النبي صلى الله عليه وسلم فأمر بقطع يدها وهي التي شفع فيها اسامة بن زيد وقال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال كان حديث جابر مقدما ويحمل القطع بجحد العارية على النسخ وكذا الحمل على انهما واقعتان وانه عليه السلام قطع امرأة بجحد المتاع وأخرى بالسرقة يحمل على نسخ القطع بالعارية بما قلنا وفي سنن ابن ماجه حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا عبد الله بن نمير حدثنا محمد بن اسحق عن محمد بن طلحة بن ركانة

وقوله (ولا قطع على خائن) الخيانة هو أن يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون والانتهاب أن يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة أو قرية والاختلاس أن يأخذ من البيت بسرعة جهرا والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح

(ولاقطع على النباش) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لاقطع على المختفي وهو النباش بلغة أهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لاملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل

عن أمه عائشة بنت مسعود بن الاسود عن أبيها قال لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعظمنا ذلك وكانت امرأة من قريش فجئنا النبي صلى الله عليه وسلم نكلمه فيها وقلنا نحن نفديها بأربعين أوقية فقال صلى الله عليه وسلم تطهر خير لها فأتينا أسامة بن زيد فقلنا له كلم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كلمه قال ما اكثاركم علي في حد من حدود الله والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها قال ابن سعد في الطبقات هذه المرأة هي فاطمة بنت الاسود بن عبد الاسود وقيل هي أم عمرو بنت سفيان بن عبد الاسد أخت عبد الله بن سفيان (قوله ولاقطع على النباش) وهو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف) وباقي الائمة الثلاثة (عليه القطع) وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة ومن العلماء أبو ثور والحسن والشعبي والنخعي وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز وقول أبي حنيفة قول ابن عباس والثوري والاوزاعي ومكحول والزهري ثم الكفن الذي يقطع به ما كان مشروعا فلا يقطع في الزائد على كفن السنة وكذا ما ترك معه من طيب أو مال ذهب وغيره لانه تضييع وسفه فليس محرزا وفي الوجيز في الزائد على العدد الشرعي وجهان ثم الكفن للوارث عندهم فهو الخصم في القطع وان كفنه أجنبي فهو الخصم لانه له (لهم قوله عليه الصلاة والسلام من نبش قطعناه) وهو حديث منكر وانما أخرجه البيهقي وصرح بضعفه عن عمران بن يزيد بن البراء بن عازب عن أبيه عن جده وفي سنده من يجهل حاله كبشر بن حازم وغيره ومثله الحديث الذي ذكره المصنف (لاقطع على المختفي قال وهو النباش بلغة أهل المدينة) أي بعرفهم وأما الآثار فقال ابن المنذر روي عن ابن الزبير انه قطع نباشا وهو ضعيف ذكره البخاري في تاريخه ثم أعله بسهيل بن ذكوان المكي قال عطاء كانتهمه بالكذب ومثله أثر عن ابن عباس رواه ابن أبي شيبة وفيه مجهول قال حدثنا شيخ لقيته بمنى عن روح بن قاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال ليس على النباش قطع وأما ما رواه عبد الرزاق أخبرنا ابراهيم بن أبي يحيى الاسلمي قال أخبرني عبد الله بن أبي بكر عن عبد الله بن عامر بن ربيعة انه وجد قوما يختفون القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب فكتب فيهم الى عمر فكتب عمر رضي الله عنه أن اقطع أيديهم فأحسن منه بلا شك ما رواه ابن أبي شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن معمر عن الزهري قال أتى مروان بقوم يختفون أي ينبشون القبور فضربهم ونفاهم والصحابة متوافرون اه وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر به وزاد وطوف بهم وكذا أحسن منه بلا شك ما روى ابن أبي شيبة حدثنا حفص عن أشعث عن الزهري قال أخذ نباش في زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسأل من بحضرته من الصحابة والفقهاء فأجمع رأيهم على أن يضرب ويطاف به اه وحينئذ لاشك في ترجيح مذهبنا من جهة الآثار وأما من جهة المعنى فلهم ما ذكره المصنف بقوله (ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه) أما المالية فظاهر وأما الحرز فلان القبر حرز للميت وثيابه تبع له فيكون حرزا لها أيضا وقد سمى النبي صلى الله عليه وسلم القبر بيتا في حديث أبي ذر حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم كيف أنت اذا أصاب الناس موت يكون البيت فيه بالوصيف يعني القبر قلت الله ورسوله أعلم أو ما خار الله لي ورسوله قال صلى الله عليه وسلم عليك بالصبر وقد بوب أبو

داود

قال (ولاقطع على النباش) اختلف الصحابة في مسئلة النباش فقال عمر وعائشة وابن الزبير وابن مسعود رضي الله عنهم بوجوب القطع على النباش وقال ابن عباس لاقطع عليه وقد اتفق على ذلك من بقي من الصحابة في عهد مروان على ما روي أن نباشا أتي به مروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا فيه شيأ فعزره أسواطا ولم يقطعه وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد وبالاول أخذ أبو يوسف والشافعي (لقوله صلى الله عليه وسلم ومن نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه) أما أنه مال متقوم فلا شبهة فيه فان الباس الثوب للميت لايخرجه عن التقوم وأما أنه محرز فلانه ليس بتضييع الاترى أن الاب والوصي اذا كفنا الصبي من ماله لايضمنان وما لا يكون محرزا يكون مضيعا وفيه الضمان وأما قوله (بحرز مثله) بحرف الجر فلما بينه الطحاوي حرز كل شئ معتبر بحرز مثله حتى إنه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل لم يقطع واذا سرق شاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لم يقطع لان الشاة لاتحرز بأحصن منها اذا كان بابها بحيث يمنع اخراج الشاة دون دخول الآدمي واخراج سائر الاموال وقوله (ولهما) أي لابي حنيفة ومحمد وكلامه ظاهر لايحتاج الى شرح وقوله (وان كان القبر في بيت مقفل) بسكون القاف

من أقفل الباب وقوله (فهو على الخلاف في الصحيح) بيانه ما قال في المبسوط واختلف المشايخ فيما اذا كان القبر في بيت مقفل ثم قال والاصح عندى أنه لا يجب القطع سواء كان نبش القبر للكفن أو سرق مالا آخر من ذلك البيت لان بوضع القبر فيه اختل صفة الحرز في ذلك البيت فان لكل أحد من الناس تأويلا بالدخول فيه لزيارة القبر وكذلك اختلفوا فيما اذا سرق (٢٣٥) من تابوت في القافلة وفيه الميت فمنهم من قال يقطع لانه محرز بالقافلة قال شمس الائمة والاصح عندى أنه لا يجب القطع لاختلال صفة المالكية والمملوكية في الكفن من الوجه الذى قررناه وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع على المختفى والمعقول وهو قوله لانه لا ملك للميت حقيقة وقوله (ولا يقطع السارق من بيت المال) ظاهر وقوله (لما قلنا) اشارة الى ما يفهم من قوله لانه مال العامة وهو منهم فانه يفهم من ذلك أن للسارق فيه حقا ولما قلنا اشارة اليه قال (والحال والمؤجل فيه) أى في عدم القطع (سواء) أما اذا كان حالا فظاهر وأما اذا كان مؤجلا فلان التأجيل ليس الا لتأخير المطالبة وأما نفس وجوب الدين فثابت قبل المطالبة أيضا والقياس أن يقطع لانه سرق ما لا يباح له الاخذ كما لو سرق من خلاف جنسه ووجه الاستحسان أن الاخذ ان لم يكن مستحقا لمكان الاجل كان له شبهة الاخذ وهى كافية للدرء

فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بيناه (ولا يقطع السارق من بيت المال) لانه مال العامة هو منهم قال (ولا من مال للسارق فيه شركة) لما قلنا (ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التأجيل لتأخير المطالبة

داود عليه فقال باب قطع النباش قال ابن المنذر واستدل به أبو داود ولانه سمى القبر بيتا والبيت حرز والسارق من الحرز يقطع ولانه حرز مثله لان حرز كل شئ ما يليق به فحرز الدواب بالاصطبل والدرة بالحق والصندوق والشاة بالحظيرة فلو سرق شئ منها من شئ منها قطع ولو سرق الدرة من اصطبل أو من حظيرة لا يقطع ألا ترى أن الوصى اذا كفن صبيا من ماله لا يضمن لورثته شيأ فلو لم يكن محرزا كان تضييعا موجبا للضمان فكان أخذ الكفن من القبر عين السرقة والجواب أولا منع الحرز لانه حفرة في الصحراء مأذون للعموم في المرور به ليلا ونهارا ولا غلق عليه ولا حارس متصد لحفظه فلم يبق الا مجرد دعوى أنه حرز تسمية ادعائية بلا معنى وهو ممنوع ولزوم التضييع لو لم يكن حرزا ممنوع بل لو لم يكن مصروفا الى حاجة الميت والصرف الى الحاجة ليس تضييعا فلذا لا يضمن ولو سلم فلا ينزل عن ان يكون في حرزيته شبهة وبه ينتفى القطع ويبقى ثبوت الشبهة في كونه مملوكا وفي ثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد وهو ما اقتصر عليه المصنف زيادة فكل منهما يوجب الدرء أما الاول فلان الكفن غير مملوك لاحد لا للميت لانه ليس أهلا للملك ولا للوارث لانه لا يملك من التركة الا ما يفضل عن حاجة الميت ولذا يقطع بسرقة التركة المستغرقة لانها ملك للغريم حتى كان له أن يأخذها بحقه فان صح ما قلنا من أنه لا ملك فيه لاحد لم يقطع والا فتحققت شبهة في مملوكيته بقولنا فلا يقطع به أيضا بل نقول تحقق قصور في نفس مالية الكفن وذلك لان المال ما يجرى فيه الرغبة والضنة والكفن ينفر عنه كل من علم أنه كفن به ميت الا نادرا من الناس وأما الثانى فلان شرع الحد للانزجار والحاجة اليه لما يكثر وجوده فأما ما يندر فلا يشرع فيه لوقوعه في غير محل الحاجة لان الانزجار حاصل طبعا كما قلنا في عدم الحد بوطء البهيمة وأما الاستدلال بتسميته بيتا فأبعد لان اطلاقه اما مجازا فان البيت ما يحوطه أربع حوائط بوضع البيت وليس القبر كذلك على أن حقيقة البيت لا يستلزم الحرز فقد يصدق مع عدم الحرز أصلا كالمسجد ومع الحرز مع نقصان وهو كثير ومع الحرز التام فمجرد تسميته بيتا لا يستلزم القطع خصوصا في مقام وجوب درئه ما أمكن بل يجب حمله على بعض الماصدقات التى لا حد معها والله سبحانه أعلم وهذا في القبر الكائن في الصحراء بلا خلاف عندنا أما لو كان القبر في بيت مقفل فقيل يقطع به لوجود الحرز والصحيح أنه على الخلاف فلا يقطع عندنا وان وجد الحرز للموانع الأخر من نقصان المالية وعدم المملوكية والمقصود من شرعه (وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا) من تحقق الخلل في المالية وما بعدها هذا ولو اعتاد لص ذلك للامام أن يقطعه سياسة لا حدا وهو محمل ما رووه لو صح (قوله ولا يقطع السارق من بيت المال) وبه قال الشافعى وأحمد والنخعى والشعبى وقال مالك يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب ولانه مال محرز ولا حق له فيه قبل الحاجة (ولنا أنه مال العامة وهو منهم) وعن عمر وعلى مثله وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال أرسله فما من أحد الا وله في هذا المال حق (ولا يقطع من مال للسارق فيه شركة) بأن يسرق أحد الشريكين من حرز الآخر مالا مشتركا بينهما (لما قلنا) من أن للسارق فيه حقا (قوله ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل في عدم القطع سواء استحسانا لان التأجيل لتأخير المطالبة) والقياس أن يقطع لانه

(قوله من أقفل الباب) أقول ولا يقال قفل الا اذا كثرت الابواب لأن التفعيل للتكثير ومثله أغلق الباب وغلق الأبواب (قوله بيانه ما قال في المبسوط الخ) أقول أى بيان قوله في الصحيح حيث يفهم منه أن من علمائنا من قال ليس هذا على الخلاف (قوله وقوله لما بينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول ولعل الاولى ان يقال لما بينا من الادلة من الجانبين لانه علة لكونه على الخلاف ووجه ما ذكره الشارحون هو حمل قوله على الخلاف على معنى أنهما يخالفان أبا يوسف والشافعى ولا يوافقانهما

(قول الفتح أما مجازا) لم يذكر لها مقابلا فتامل اهـ من هامش نسخة العلامة البحراوى

وقوله (وكذا اذا سرق زيادة على حقه) ظاهر وقوله (لان له أن يأخذ عند بعض العلماء) يريد به ابن أبي ليلى فانه يقول وان ظفر بخلاف جنس حقه كان له أن يأخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية ومن العلماء من يقول له أن يأخذه رهنا بحقه واختلاف العلماء يورث الشبهة (قلنا هذا القول لا يستند الى دليل ظاهر) االقياس ان لا يأخذ جنس حقه في الدين الحال لان حقه في الوصف في الحقيقة وهذا عين لكن تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما ولا كذلك خلاف الجنس لفحش التفاوت فلا يترك القياس (ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك) أي أنه أخذه قضاء لحقه أو رهنا به (درئ الحد عنه) لان فعله في موضع الاجتهاد لا ينفك

عن شبهة وان كان هو مخطئا في ذلك التأويل عندنا وقوله (ولو كان حقه دراهم) ظاهر وقوله (وقيل لا يقطع) قيل هو الاصح (لان النقود جنس واحد) كما في الزكاة والشفعة وقوله (ومن سرق عينا) ظاهر وقوله (لان الثانية متكاملة كالاولى) وجه التشبيه هو أن المتاع بعد رده على المسروق منه في حق السارق كعين أخرى في حكم الضمان حتى لو غصبها أو أتلفها كان ضامنا فكذلك في حكم القطع لما أنه مال معصوم كامل المقدار أخذ من حرز لا شبهة فيه وبهذه الاوصاف لزمه القطع في المرة الاولى فكذلك في المرة الثانية وأما كونه أقبح فظاهر لتقدم الزاجر وقوله (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد) اشارة الى قوله بعد أوراق ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه الخ وسقوط عصمة المحل يوجب انتفاء القطع فان قيل العصمة وان سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد الى المالك المحل

وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه (وان سرق منه عروضا قطع) لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن أبي يوسف انه لا يقطع لان له ان يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد (ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع) والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل أقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى

لا يباح له أخذه قبل الاجل وجه الاستحسان أن ثبوت الحق وان تأخرت المطالبة يصير شبهة دارئة وان كان لا يلزمه الاعطاء الآن (وكذا لو سرق أكثر من حقه) لا يقطع (لان بالزيادة يصير شريكا في ذلك المال) بمقدار حقه ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلا أو غير مماطل خلافا للشافعي في تفصيله بين المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع ولو أخذ من غير جنس حقه فان كان حقه دراهم أو دنانير فأخذ عروضا قطع لانه ليس له أخذها اللهم الا أن يقول أخذتها رهنا بديني فلا يقطع (وعن أبي يوسف لا يقطع لان له أن يأخذه عند بعض العلماء) نقل عن ابن أبي ليلى (قضاء لحقه أو رهنا به (قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر) فلا يصير شبهة دارئة الا ان ادعى ذلك (وان كان دراهم فأخذ دنانير) أو على القلب اختلف فيه (قيل يقطع) لانها لا تصير قصاصا بحقه وانما يقع بيعا فلا يصح الا بالتراضي فليس له أخذها (وقيل لا يقطع) للمجانسة بينهما من حيث الثمنية و يقطع لو سرق حليا من فضة ودينه دراهم ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع الا أن يكون المولى وكلهما بالقبض لان حق الاخذ حينئذ لهما ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع لان حق الاخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع (قوله ومن سرق عينا فقطع فيها فردها) بأن كانت قائمة (ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الشافعي) ومالك وأحمد (لقوله صلى الله عليه وسلم فان عاد فاقطعوه) فيما روى الدارقطني من حديث أبي هريرة بطريق فيه الواقدي عنه عليه الصلاة والسلام اذا سرق السارق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله اليسرى الحديث (ولان السرقة الثانية مثل الاولى) في سببية القطع (بل أفحش) (لان العود بعد الزاجر اقبح وصار كما اذا باعه المالك من السارق ويخص أبا يوسف أن المسروق عاد تقومه بالرد الى المالك ولهذا يضمن السارق لو أتلفه بعد الرد فتمت سببية القطع كما لو سرق غيره أو سرقه هو من غيره (وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة) فانه يقطع اتفاقا (ولنا أن القطع اوجب سقوط عصمة

قال المصنف (ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير) أقول كان الانسب ذكر هذه المسئلة مقدما على قوله وان سرق منه عروضا الا أنه لم يستحسن ان يفصل بين كلامي الجامع بمسئلة غير مذكورة فيه قال المصنف (والقياس أن يقطع) أقول فيه اشارة الى أن العمدة في الاستدلال هو القياس ولهذا لم يجب عن الحديث بناء على أنه مطعون (قوله وجه التشبيه هو أن المتاع الخ) أقول هذا لاثبات المعصومية في المسروق المردود وتوطئة لبيان وجه التشبيه

أجاب بقوله (وبالرد الى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه) فقوله نظرا الى اتحاد الملك احترازعما لو تبدل الملك فى ذلك وهو جواب عن قوله كما اذا باعه المالك من السارق الخ وقوله والمحل احترازعما اذا تبدل المحل كما فى صورة الغزل وهو قوله فيما يجىء بقوله فان تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلا الخ (وقوله وقيام الموجب) أى موجب سقوط العصمة وهو احترازعما كان قبل القطع وقوله (بخلاف ماذكره) يعنى أبا يوسف من صورة البيع (لان الملك قد اختلف باختلاف سببه وأصله حديث بريرة وهو معروف وقوله (أولان تكرار الجناية) معطوف على قوله ولنا أن القطع فهو دليل آخر وتقريره تكرار الجناية منه بالعود الى سرقة ما قطع فيه نادر جدا لتحمله مشقة الزاجر والنادر يعرى عن مقصود الاقامة وهو تقليل الجناية فلا يحتاج اليها (وصار كما اذا قذف المحدود فى القذف المقذوف الاول) بالزنا الاول فانه لا يحد نظرا الى عرائه عن مقصود الاقامة فان قيل نظير مسئلتنا حد الزنا فى كون الحد فى كل واحد منهما خالص حق الله تعالى ثم حد الزنا يتكرر بتكرر الفعل فى محل واحد حتى ان من زنى بامرأة فحد ثم زنى بتلك المرأة مرة أخرى يحد ثانيا بخلاف حد القذف فان فيه حق العبد خصوصا على أصل الخصم وخصومة المقذوف فى الحد فى المرة الثانية غير مسموعة لان المقصود اظهار كذب القاذف ودفع العار عن نفسه وقد حصل ذلك بالمرة الاولى أجيب بان حد القذف نظير مسئلتنا من حيث ان هذا حد لا يستوفى الا بخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة من شخص واحد فى محل واحد كحد القذف والفرق بين المتنازع فيه وصورة الزنا أن الحد فى الزنا انما هو باعتبار المستوفى والمستوفى فى المرة الثانية غير المستوفى فى المرة الاولى لان الاول تلاشى واضمحل والمسروق فى المتنازع فيه هو بعينه المسروق فى المرة الاولى وقوله (فان تغيرت عن حالها) ظاهر والقطع بالجر عطف على قوله من اتحاد

و بالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ماذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود فى قذف المقذوف الاول قال (فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع) لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل فى كل محل واذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا والله أعلم بالصواب

المحل فى حق السارق (و بالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة أنها ساقطة نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب) للسقوط (وهو القطع) فان كل واحد من هذه يوجب بقاء السقوط الذى تحقق بالقطع فحيث عادت العصمة وانتفى السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد بخلاف ما لو سرقه غيره لان السقوط ليس الا بالنسبة الى المقطوع يده لا سواه فيقطع وبخلاف صورة البيع المذكورة من السارق وسرقة السارق اياه من غيره لان فيهما تبدل الملك وتبدل الملك يوجب تبدل العين حكما كما عرف من حديث بريرة من قوله عليه الصلاة والسلام هو عليها صدقة ولنا منها هدية مع أنه عين اللحم مع أن مشايخ العراق على أنه لا يقطع فى صورة تبدل الملك بالشراء فلنا أن نمنعه فلا يتم القياس عليه وعند مشايخ بخارى يقطع لتبدل العين حكما وجوابه ما قلنا وأيضا فتكرر الجناية بعد قطع يده نادر وتقدم أن ما يندر وجوده لا يشرع فيه عقوبة دنيوية زاجرة فانها حينئذ تعرى عن المقصود وهو تقليل الجناية اذ هى قليلة بالفرض فلم تقع فى محل الحاجة وصار كما لو قذف شخصا فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا بأن قال انا باق على نسبتى اليه الزنا الذى نسبته اليه لا يحد ثانيا فكذا هذا أما لو قذفه بزنا آخر حد به وأورد على هذا الوجه النقض بالزنا ثانيا بالمرأة التى زنى بها أولا بعد أن جلد حدا بزناه الاول بها فانه يحد ثانيا اجماعا فلم يكن تقدم الزاجر موجبا لعدم شرعيته ثانيا ووقوعه فى غير محل الحاجة اليه لو شرع وأجيب بالفرق بأن حرمة المحل فى الزنا لا تسقط باستيفاء الحد بخلاف السرقة وهذا فرق صحيح يتم به وجه اختلاف الحكم المذكور فى الزنا والسرقة لكنه لا يصلح جوابا للنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه أعنى كون اقامة الحد أولا توجب ندرة العود فتوجب عدم شرع الزاجر فى العود وكذا الفرق بأن القطع حق لا يستوفى الا بخصومة المالك والخصومة لا تتكرر فى محل بعد استيفاء موجب ما هى فيه كحد القذف غير دافع للوارد على خصوص هذا الوجه المدعى استقلاله (قوله فان تغيرت عن حالها مثل أن يكون) المسروق الذى قطع به (غزلا ثم نسج) بعد رده (فسرقه) ثانيا (قطع) وكذا لو كان قطنا فصار غزلا (لان العين قد تبدلت ولهذا يملكها الغاصب) ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورة الثوب (واذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع)

(قوله والمستوفى فى المرة الثانية) أقول يعنى منافع البضع (قوله لان الاول تلاشى الخ) أقول لكونه عرضا (قوله والقطع بالجر الخ) أقول ولعل الخصم يقول القطع فى الاول باعتبار السرقة والاولى تلاشت والثانية غيرها فليتأمل

﴿فصل فى الحرز والاخذ منه﴾ (ومن سرق من أبويه أو ولده أوذى رحم محرم منه لم يقطع) فالاول وهو الولاد للبسوطة فى المال وفى الدخول فى الحرز والثانى للمعنى الثانى ولهذا أباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديقين لانه عاداه بالسرقة وفى الثانى خلاف الشافعى رحمه الله لانه ألحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه فى العتاق

وهو بالجر عطف على لفظ اتحاد لا على لفظ المحل أى وانتفت الشبهة الناشئة من القطع لا من اتحاد القطع وهى شبهة قيام سقوط العصمة لانها كانت باعتبار اتحاد العين والتغير بوجها شيأ آخر فان قيل العين قائمة حقيقة وانما تبدل الاسم والصورة أجيب بان المتمكن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان المتمكن بعده شبهة الشبهة فلا تعتبر وفى شرح الطحاوى واذا سرق ذهبا أو فضة وقطع به ورده فجعله المسروق منه آنية أو كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد السارق فسرقه لا يقطع عند أبى حنيفة لان العين لم تتغير عنده وقالا يقطع لانها تغيرت وفى كفاية البيهقى سرق ثوبا فخاطه ثم رده فنقض فسرق المنقوض لا يقطع لانه لا يقطع حق المالك لو فعله الغاصب فلم يصر فى حكم عين أخرى

﴿فصل فى الحرز والاخذ منه﴾ قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لانه كلام فى ذاته ثم ثنى بحرزه لانه خارج عنه ثم الاخراج من الحرز شرط عند عامة أهل العلم وعن عائشة والحسن والنخعى أن من جمع المال فى الحرز قطع وان لم يخرج به وعن الحسن مثل قول الجماعة وعن داود لا يعتبر الحرز أصلا وهذه الاقوال غير ثابتة عمن نقلت عنه ولا مقال لاهل العلم الا ما ذكرنا فهو كالاجماع قاله ابن المنذر وقد ثبت أن لا قطع فى أقل من ثمن المجن ولا قطع فى حريسة الجبل فتخصصت الآية به فجاز تخصيصها بعده بما هو من الامور الاجماعية وما بأخبار الآحاد وسيأتى ما هو أبلغ من ذلك ثم الحرز ما عد عرفا حرزا للاشياء لان اعتباره ثبت شرعا من غير تنصيص على بيانه فيعلم به أنه رد الى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يتحقق فيه اختلاف لذلك وهو فى اللغة الموضع الذى يحرز فيه الشئ وكذا هو فى الشرع الا أنه بقيد المالية أى المكان الذى يحرز فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه والمحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا (قوله ومن سرق من أبويه) وان عليا (أو ولده) وان سفل (أوذى رحم محرم منه) كالاخ والاخت والعم والخال والخالة والعمة (لا يقطع) وقال مالك وشذوذ يقطع بالسرقة من الابوين لانه لا حق له فى مالهما ولذا يحد بالزنا بجاريتهما و يقتل بقتلهما وبه يبطل قوله فى الكافى أما فى الولاد فلا اختلاف فيه وقال أبو ثور وابن المنذر يقطع الاب أيضا فى سرقة مال ابنه لظاهر الآية وقال الشافعى يقطع فى السرقة من غير الولاد أما وجه الاول أى عدم القطع فى قرابة الولاد فلانها عادة تكون معها البسوطة فى المال والاذن فى الدخول فى الحرز حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر ولذا منعت شهادته له شرعا ويخص سرقة الاب من مال الابن قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك وأما غير الولاد وهو الذى أراد المصنف بقوله (والثانى للمعنى الثانى) أى الاذن فى الدخول فى الحرز فألحقهم الشافعى رحمه الله بالقرابة البعيدة قال المصنف (وقد بيناه فى العتاق) أى فى مسئلة من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ونحن ألحقناه بقرابة الولاد وقد رأينا الشرع ألحقهم بهم فى اثبات الحرمة وافتراض الوصل فلذا ألحقناهم بهم فى عدم القطع بالسرقة ووجوب النفقة ولان الاذن بين هؤلاء ثابت عادة للزيارة وصلة الرحم ولذا حل النظر منها الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كالعضد للدملوج والصدر للقلادة والساق للخلخال وما ذاك الا للزوم الحرج لو وجب سترها عنه مع كثرة الدخول عليها وهى مزاولة الاعمال وعدم احتشام أحدهما من الآخر وأيضا فهذه الرحم المحرمة يفترض وصلها ويحرم قطعها وبالقطع يحصل القطع فوجب صونها بدرئه ذكره فى الكافى وسيأتى ما فيه

لما كان تحقق السرقة موقوفا على كون المسروق مالا محرزا وفرغ عن ذكر الموصوف شرع فى بيان الحرز الذى يحصل به الوصف ثم العلة فى سقوط القطع عن قرابة الولاد أمران البسوطة فى المال وفى حق الدخول فى الحرز وعن ذى الرحم المحرم أمر واحد وهو البسوطة فى الدخول فى الحرز (ولهذا أباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة) الوجه والكف على ما سيجئ فى كتاب الكراهية ان شاء الله تعالى وقوله (وفى الثانى) يعنى وفى ذى الرحم المحرم (خلاف الشافعى فانه يقول فى غير الوالدين والمولودين يجب القطع) لانه ألحقها بالقرابة البعيدة (وقد بيناه فى العتاق) ولو سرق من بيت ذى الرحم المحرم متاع غيره ينبغى أن لا يقطع لعدم الحرز

﴿فصل فى الحرز﴾ (قوله وفرغ عن ذكر الموصوف الى قوله الوصف) أقول المراد من الموصوف المال ومن الوصف التحرز قال المصنف (فالاول وهو الولاد) أقول أى فمنع الاول القطع حذف المضاف اليه وأقيم مقامه (قوله عن قرابة الولاد) أقول أى عن ذى قرابة الولاد قال المصنف (ولهذا أباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة الخ) أقول لعل المراد بالزينة الظاهرة ههنا ما يظهر عند ترك التكلف والا ففى الكلام بحث

(ولوسرق من بيت ذى رحم محرم متاع غيره ينبغى أن لا يقطع ولوسرق ماله من بيت غيره يقطع) اعتبارا للحرز وعدمه (وان سرق من أمه من الرضاعة قطع) وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر أنه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة وأقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب (واذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو من زوج سيدته لم يقطع) لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعى رحمه الله لبسوطة بينهما فى الاموال عادة

وبما يدل على نقصان الحرز فيها قوله تعالى ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت اخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ماملكتم مفاتحه أو صديقكم ورفع الجناح عن الاكل من بيوت الاعمام أو العمات مطلقا يؤنس اطلاق الدخول ولو سلم فاطلاق الاكل مطلقا يمنع قطع القريب ثم هو ان ترك لقيام دليل المنع بقيت شبهة الاباحة على وزان ماقلنا فى أنت ومالك لابيك فان قلت فقد قال أو صديقكم كما قال أو بيوت أخوالكم والحال أنه يقطع بالسرقة من صديقه أجيب بأنه لما قصد سرقة ماله فقد عاداه فلم يقع الاخذ الا فى حال العداوة (ولوسرق من بيت ذى الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع ولو سرق مال ذى الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه) فسرقة مال الغير من بيت ذى الرحم المحرم سرقة من غير حرز وسرقة مال ذى الرحم من بيت غيره سرقة من حرز فيقطع وهذا يعكر على الوجه الذى قدمناه من أن فى القطع القطيعة فيندرئ وهو الموعود ولذا والله أعلم لم يعرج المصنف عليه (قوله وان سرق من أمه من الرضاعة قطع) وهو قول أكثر العلماء (وعن أبى يوسف لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة) ولذا يقطع بالسرقة منها اتفاقا وكذا الاب من الرضاعة (وجه الظاهر أنه لا قرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما اذا ثبتت المحرمية بالزنا) بان زنى بامرأة تحرم عليه أمها وبنتها ويقطع بالسرقة منهما (وأقرب من ذلك الاخت من الرضاعة) فان فيها محرمية بلا قرابة مع اتحاد سبب المحرمية فيهما فالالحاق بها فى اثبات القطع أولى منه بالالحاق بالمحرمية الثابتة بالوطء ثم تعرض المصنف لابطال الوجه المذكور لابى يوسف صريحا وهو قوله لانه يدخل عليها الخ بقوله (وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب) فانه يشتهر بلا تحشم ولا تهمة وهذا يتضمن منع قوله انه يدخل عليها من غير استئذان الخ فقال لا نسلم ذلك الا ولم يكن مستلزما تهمة لكنه يستلزمها لعدم الشهرة فيتهم فلا يدخل بلا استئذان بخلاف النسب فانه يشتهر فلا ينكر دخوله فلذا قطع فى سرقة مال أمه من الرضاعة ولم يقطع فى سرقة مال أمه من النسب (قوله واذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن فى الدخول عادة) فاختل الحرز (وان سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعى) فى أحد أقواله وبه قال مالك وأحمد وفى قول آخر كقولنا وفى قول ثالث يقطع الرجل خاصة لان للمرأة حقا فى ماله أى النفقة وجه قولنا ان بينهما بسوطة فى الاموال عادة ودلالة فانها لما بذلت نفسها وهى أنفس من المال كانت بالمال أسمح ولان بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين وفى موطا مالك عن عمر أنه أتى بغلام سرق مرآة لامرأة سيده فقال ليس عليه شئ خادمكم سرق متاعكم فاذا لم يقطع خادم

وقوله (وان سرق من أمه من الرضاع) ظاهر وقوله (والمحرمية بدونها) أى بدون القرابة (لا تحترم) أى لا تجعل حرمة قوية عادة (كما اذا ثبتت) يعنى المحرمية (بالزنا) فانه اذا سرق من بيت بنت المرأة التى زنى بها لا يعد شبهة فى قطع اليد بل تقطع وان كانت المحرمية موجودة وكذلك اذا ثبتت بالتقبيل عن شهوة وقوله (وأقرب من ذلك) أى من الحرمة الثابتة بالزنا (الاخت من الرضاعة) يعنى ان الام من الرضاع أشبه الى الاخت من الرضاع فى اثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة من بيت الاخت من الرضاع موجبة للقطع بالاجماع فيجب أن يكون من بيت أمه من الرضاع كذلك ووجه الاقربية ان الحاق الرضاع بالرضاع أقرب من الحاقه بالزنا وقوله (وهذا) أى القطع مع الدخول عليها من غير استئذان وحشمة (لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب) وقوله (واذا سرق أحد الزوجين من الآخر) ظاهر

قال المصنف (والمحرمية بدونها لا تحترم الخ) أقول فيه تأمل (قوله الاخت من الرضاعة) أقول أى محرمية الاخت قال المصنف (خلافا للشافعى الخ) أقول وذلك أنها بذلت نفسها وهى أنفس فالمال أولى كذا قالوا لكنه خاص بما اذا كان المسروق منه الزوجة

ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة (ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع) لان له في أكسابه حقا (وكذلك السارق من المغنم) لان له فيه نصيبا وهو مأثور عن علي رضي الله تعالى عنه درأ وتعليلا قال (والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور وحرز بالحافظ) قال العبد الضعيف الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ

الزوج فالزوج أولى قال المصنف (هو نظير الاختلاف في الشهادة) يعني عندنا لا يقطع أحدهما باعمال الآخر كما أن شهادته لا تقبل لاتصال المنافع وعنده يقطع كما تقبل في أحد قوليه فان قلت أحد الزوجين ربما لا يبسط للآخر في ماله بل يحبسه عنه ويحرزه قلنا وكذلك الاب والابن قد يتفق من كل منهما ذلك ولا قطع بينهما اتفاقا وفي شرح الطحاوي لو سرق من بيت الاصهار والاختان قال أبو حنيفة لا يقطع وقالا يقطع ولو سرق من بيت زوجة ابنه أو أبيه أو زوج ابنته أو بنت زوج أمه ان كان يجمعهما منزل واحد لم يقطع بالاتفاق وان كان كل في منزل على حدة فعلى الاختلاف المذكورة ولو سرق أحد الزوجين من الآخر ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما ولو سرق من أجنبية ثم تزوجها لا قطع عليه سواء كان التزوج بعد أن قضى بالقطع أو لم يقض في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه قال اذا قضى عليه بالقطع يقطع ولو سرق من امرأته المبتوتة أو المختلعة في العدة لا قطع وكذا اذا سرقت هي من الزوج في العدة وان كانت منقضية العدة يجب القطع (قوله ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع) بلا خلاف (لان للمولى حقا في أكسابه) ولان ماله موقوف دائر بينه وبين المكاتب لانه ان عجز كان للمولى أو عتق كان له فلا يقطع في سرقة مال موقوف دائر بين السارق وغيره كما اذا سرق أحد المتبايعين ما شرط فيه الخيار وكما لا قطع على السيد كذلك لا قطع على المكاتب اذا سرق مال سيده لانه عبده أو من زوجة سيده وهو قول أكثر أهل العلم وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر يقطع بسرقة مال من عدا سيده كزوجة سيده لعموم الآية وتقدم أثر عمر وهو في السرقة من مال زوجة سيده وكان ثمن المرآة ستين درهما وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن أحد من الصحابة شئ خلافه فحل محل الاجماع فتخص به الآية والحكم في المدبر كذلك (قوله وكذلك السارق من المغنم) لا يقطع (لان له فيه نصيبا وهو مأثور عن علي درأ وتعليلا) رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثوري عن سماك بن حرب عن أبي عبيدة بن الابرص وهو يزيد بن دثار قال أتي علي برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا ورواه الدارقطني قيل وفي الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجه حدثنا جبارة بن المغلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس ان عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع الى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه وقال مال الله سرق بعضه بعضا ولا يخفى أن هذا ليس مما نحن فيه ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم مال الله سرق بعضه بعضا وكلامنا فيما اسرقه بعض مستحق الغنيمة واسناده ضعيف (قوله قال) أي المصنف (الحرز لا بد منه) لوجوب القطع (لان الاستسرار لا يتحقق دونه) لانه اذا لم يكن له حافظ من بناء ونحوه أو انسان متصد للحفظ يكون المال سائبا فلا يتحقق اخفاء الاخذ والدخول فلا تتحقق السرقة وعلى هذا يكون قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما بنفسه يوجب الحرز اذ لا تتصور السرقة دون الاخفاء ولا يتحقق الاخفاء دون الحافظ فيخفى الاخذ منه أو البناء فيخفى دخوله بيت غيره من الناس والاحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه كقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل فاذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ونحوه وارد على وفق الكتاب لا مبين مخصص (ثم هو على نوعين حرز) بالمكان (كالدور والبيوت

الشهادة) فان شهادة أحد الزوجين للآخر لا تقبل عندنا وعنده تقبل في أحد قوليه بل هذا أولى لان هذه البسوطة لما منعت قبول الشهادة فلأن تمنع القطع وهو مما يندرئ بالشبهات أولى (قوله وهو مأثور عن علي رضي الله عنه درأ وتعليلا) يريد به ما روى عن علي رضي الله عنه انه أتي برجل قد سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا قال (والحرز على نوعين) الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز أن يقال هو ما يراد به حفظ الاموال وهو على نوعين (حرز لمعنى فيه) وهو انما يكون بالمكان المعد لحفظ الامتعة والاموال ويختلف ذلك باختلاف الاموال (كالدور والبيوت والصندوق والحانوت) والحظيرة للغنم والبقر (وحرز بالحافظ)

قال المصنف (ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع الى قوله وكذا السارق من المغنم الخ) أقول فيه بحث لأن عدم القطع في تينك المسئلتين على مقتضى هذين التعليلين لا يكون لانتفاء الحرز فلا يناسب ذكرهما في هذا الفصل بل الموضع المناسب لذكرهما الباب السابق عند قوله ولا يقطع السارق من بيت المال والظاهر أن ذكرها استطرادي قال المصنف (لان له فيه نصيبا) أقول هذا التعليل يدل على انه لو لم يكن له فيه نصيب يقطع لكن الرواية مطلقة في مختصر القدوري وشرح الطحاوي فلا بد من تعليل آخر

والجدران

كمن جلس فى الطريق أوفى المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم فى المسجد (وفى المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ) هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا أنه لا يجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده فيه قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع تحته أو عنده

والجدران والحوانيت للتجار وليست هى التى تسمى فى عرف بلاد مصر الدكاكين والصناديق والخيام والخركاه وجميع ما أعد لحفظ الامتعة وقد يكون بالحافظ وهو بدل عن الاماكن المبنية على ماذكر فى المحيط وذلك (كمن جلس فى الطريق) أوفى الصحراء (أوفى المسجد وعنده متاع فهو محرز به وقد قطع النبى صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم فى المسجد) على مارواه أبوداود والنسائى وابن ماجه ومالك فى الموطا وأحمد فى مسنده من غير وجه والحاكم وحكم صاحب التنقيح ابن عبد الهادى أنه حديث صحيح وله طرق كثيرة وألفاظ مختلفة وان كان فى بعضها انقطاع وفى بعضها من هو مضعف ولكن تعددت طرقه واتسع مجيئه اتساعا أوجب الحكم بصحته بلا شبهة وفى طريق السنن عن عبدالله بن صفوان عن أبيه انه طاف بالبيت وصلى ثم لف رداء له من برد فوضعه تحت رأسه فنام فأتاه لص فاستله من تحت رأسه فأخذه فأتى به النبى صلى الله عليه وسلم فقال ان هذا سرق ردائى فقال له النبى صلى الله عليه وسلم أسرقت رداء هذا قال نعم قال اذهبا به فاقطعا يده فقال صفوان ما كنت أريد أن تقطع يده فى ردائى قال فلولا كان قبل أن تأتينى به زاد النسائى فقطعه وفى المستدرك سماه خميصة ثمن ثلاثين درهما (قوله وفى المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح) احترازعما فى العيون أن على قول أبى حنيفة يقطع السارق من الحمام فى وقت الاذن أى فى وقت دخولها اذا كان ثمة حافظ وقال أبو يوسف ومحمد لا يقطع وبه أخذ أبو الليث والصدر الشهيد وفى الكافى وعليه الفتوى وهو ظاهر المذهب ووجه الصحيح (انه محرز بدون الحافظ) لان المكان فى نفسه صالح للاحراز وهو المنع من وصول يد غير صاحبه الى ما فيه ويكون المال مع ذلك مختفيا وليس هذا مع الحافظ فهو فرع ولا اعتبار للفرع مع وجود الاصل فلا يعتبر وجوده معه فلذا كان الاصح أنه اذا دخل الحمام فى وقت الاذن فى دخولها وسرق منها ما عنده حافظ لا يقطع لان الحمام فى نفسه صالح لصيانة الاموال الا أنه اختل الحرز للاذن فى دخولها ولذا يقطع اذا سرق منها ليلا بخلاف المسجد فانه ما وضع لاحراز الاموال فيقطع السارق بمال عنده من يحفظه فيه وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نائما فى المسجد ولكون المكان هو الحرز الذى يقتصر النظر عليه قلنا يقطع السارق منه وان لم يكن له باب أو له باب ولكنه مفتوح لان البناء للاحراز (الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يد المالك قبل الاخراج) من داره فلا يتحقق الاخذ الا بازالة يده وذلك بالاخراج من حرزه (بخلاف المحرز بالحافظ فانه يقطع كما أخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة) فيجب موجبها (ولا فرق) فى وجوب القطع (بين كون الحافظ) فى الطريق والصحراء والمسجد (مستيقظا أو نائما والمتاع تحته) أو تحت رأسه (أو عنده) وهو بحيث يراه

كمن جلس فى الطريق أوفى المسجد وعنده متاعه فانه محرز به) وكل واحد منهما ينفك عن الآخر (وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم فى المسجد) وهو ليس بحرز لانه لم يقصد به الاحراز واذا سرق من البيت ولم يكن له باب أوله باب ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده يقطع (فنى الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ) فلو سرق من بيت مأذون له بالدخول فيه لكن مالكه يحفظه لا يقطع لان المعتبر هو الحرز بالمكان وقوله (هو الصحيح) احترازعما ذكر فى العيون انه عند أبى حنيفة يقطع فيه ووجه الصحيح أن الحرز الحقيقى هو الحرز بالمكان لانه يمنع وصول اليد الى المال ويكون المال مختفيا به وأما الحرز بالحافظ فانه وان منع وصول اليد اليه لكن المال لا يختفى به ثم المحرز بالمكان لا يجب القطع بهتكه الا باخراج المتاع منه لقيام يده قبله والمحرز بالحافظ يجب القطع فيه اذا أخذ المال (لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة) وهذا أيضا مما يدلك على أن الحرز بالمكان أقوى (ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع عنده أو تحته هو الصحيح

قال المصنف (لانه محرز بدونه وهو البيت) أقول قال الزيلعى لان الحرز به فوق الحرز بالحافظ لان الحرز ما يمنع وصول اليد الى المال وبه امتنع من اختفائه عن أعينهم فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود الأصل انتهى لا يقال اذا كان فى الحرز بالحافظ شبهة البدلية يجب ان لا يقطع السارق منه اذ الحدود تندرئ بالشبهات لانا تركنا القياس لحديث صفوان

هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظاله في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف مااختاره في الفتاوى قال (ومن سرق شيأ من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع) لانه سرق مالا محرزا بأحد الحرزين (ولا قطع على من سرق مالا من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله) لوجود الاذن عادة أو حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع) لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بنى لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذى أذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بنى للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ (ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن أضافه) لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولانه بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة

(لانه يعد النائم عند متاعه) وبحضرته كيفما نام مضطجعا أولا (حافظاله في العادة) وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم باشتراط كون المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه وجه الصحيح ما ذكرنا (ولهذا لا يضمن المودع والمستعير) اذا حفظ الوديعة والعارية كذلك فسرقت ولو لم يكن ذلك حفظا لضمنا (بخلاف مااختاره في الفتاوى) فانه أوجب فيها الضمان على المودع والمستعير اذا نام مضطجعا ثم ما كان حرزا لنوع يكون حرزا لجميع الانواع هو الصحيح كما ذكره الكرخى حتى لو سرق لؤلؤة من اصطبل أو حظيرة غنم يقطع بخلاف ما اذا سرق الغنم من المرعى فقد أطلق محمد عدم القطع فيه وفي الفرس والبقر وهو مقيد بما اذا لم يكن معها من يحفظها فان كان قطع اذا لم يكن راعيا فان كان الذى يحفظها الراعى ففى البقالى لا يقطع وهكذا في المنتقى عن أبى حنيفة وأطلق خواهر زاده ثبوت القطع اذا كان معها حافظ ويمكن التوفيق بأن الراعى لم يقصد حفظها من السراق بخلاف غيره ونقل الاسبيجابى عن بعض أصحابنا أن كل شئ يعتبر بحرز مثله فلا يقطع باللؤلؤة من الاماكن المذكورة والثياب النفيسة منها وهذا قول الشافعى (قوله ومن سرق شيأ من حرز أو من غير حرز) كالصحراء (وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا بأحد الحرزين) وهذا بعمومه يتناول ما اذا سرق من حمام وصاحبه عنده يحفظه وتقدم أن الصحيح أنه لا يقطع به إذا كان وقت الاذن الا أن قوله وصاحبه عنده يختص بما يليه وهو قوله من غير حرز فلا يرد الحمام فانه حرز على أن قوله بعد ذلك ولا قطع على من سرق من حمام أو من بيت اذن للناس في دخوله تقييد له فانه بعمومه يقتضى أن لا يقطع وان كان صاحبه عنده يحفظه والوجه ظاهر من الكتاب وهذا تفريع على ما قدمه من الاصل المذكور (قوله ويدخل في ذلك) أى يدخل في بيت أذن في دخوله (الخانات والحوانيت) فيثبت فيها حكم عدم القطع نهارا فان التاجر يفتح حانوته نهارا في السوق و يأذن للناس في الدخول ليشتروا منه فاذا سرق واحد منه شيأ لا يقطع وكذا الخانات (الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال) وانما اختل الحرز بالنهار للاذن وهو منتف بالليل (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بنى لاحراز الاموال فلم يكن محرزا بالمكان) لينقطع اعتبار الحافظ ثم تختل حرزيته بالاذن كالحمام فكان الحافظ معتبرا حرزا فيقطع بالاخذ وعلى هذا ما في الخلاصة جماعة نزلوا بيتا أو خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لا يقطع ولو كان في المسجد جماعة قطع (قوله ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن أضافه لأن البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولانه) بالاذن صار (بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة) وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التى أذن له في دخولها وهو مقفل أو من صندوق مقفل ذكره القدورى في شرحه لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ولهذا اذا أخرج

(لان النائم عند متاعه يعد حافظا لمتاعه) وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا ان صاحب المتاع انما يكون محرزا لمتاعه في حال نومه اذا جعل المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه أما اذا كان موضوعا بين يديه فلا يكون محرزا في حال نومه أخذوا ذلك من قوله في الاصل المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه و يبيت عليه فسرق منه رجل قطع قالوا قوله يبيت عليه يشير الى أنه انما يقطع اذا نام عليه ومال الى الاول شمس الائمة وقال (المودع والمستعير لا يضمنان بمثل ذلك لانه ليس بتضييع بخلاف ما قاله في الفتاوى) يعنى قال فيها انهما يضمنان في هذه الصورة ولكن ذكر في الفتاوى الظهيرية مثل ما ذكره شمس الائمة ثم قال وقالوا انما لا يجب الضمان اذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيما اذا نام قاعدا وأما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر وأما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا أو مضطجعا كذا في النهاية وقوله (ولا قطع على من سرق من حمام) يعنى في الوقت الذى أذن للناس بالدخول فيه (أو من بيت أذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة) يعنى في الحمام (أو حقيقة) يعنى في البيت الذى أذن للناس بالدخول فيه وقوله (ويدخل في ذلك) أى في قوله أو من بيت اذن الناس في دخوله وقوله (الا اذا سرق منها ليلا) استثناء من قوله ولا قطع وقوله (ومن سرق من المسجد متاعا) ظاهر الص

قال المصنف (ومن سرق شيأ من حرز) أقول تفريع و بيان لما قاله أولا بقوله الحرز على نوعين الخ

(ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع) لان الدار كلها حرز واحد فلابد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها فى يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ (فان كانت دار فيها مقاصير فأخرجها من المقصورة الى صحن الدار قطع) لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة (وان أغار انسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع) لما بينا (واذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما) لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثانى لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن أبى يوسف رحمه الله ان أخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهى بناء على مسئلة تأتى بعد هذا ان شاء الله تعالى

اللص من بعض بيوت الدار الى الدار لا يقطع ما لم يخرجه من الدار واذا كان واحدا فبالاذن فى الدار اختل الحرز فى البيوت وسيأتى ما يفيد هذا (قوله ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلابد من الاخراج ولان الدار وما فيها فى يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ) وهتك الحرز (فان كانت فيها مقاصير فأخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع) هذا كلام محمد وأول بما اذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم و يستغنون به استغناء أهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار وانما ينتفعون به انتفاعهم بالسكة لانه على هذا التقدير يعد الاخراج اليها كالاخراج الى السكة بخلاف ما تقدم لان بيوت الدار كلها فى يد واحد وهنا كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان وفى الفتاوى الصغرى القوم اذا كانوا فى دار كل واحد فى مقصورة على حدة عليه باب يغلق فنقب رجل من أهل الدار على صاحبه وسرق منه ان كانت الدار عظيمة يقطع والا فلا ثم فى الفصل الاول قال بعضهم لا ضمان عليه اذا تلف المسروق فى يده قبل الاخراج من الدار ولا قطع عليه والصحيح أنه يضمن لوجود التلف على وجه التعدى بخلاف القطع لان شرطه هتك الحرز ولم يوجد (قوله وان أغار انسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع) يريد دخل مقصورة على غرة فأخذ بسرعة يقال أغار الفرس والثعلب فى العدو اذا أسرع وقوله فسرق تفسير لقوله أغار (قوله واذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال فتناوله آخر خارج البيت) عند النقب أو على الباب (فلا قطع عليهما) بلا تفصيل بين اخراج الداخل يده الى الخارج أو ادخال الخارج يده (ثم روى عن أبى يوسف ان أخرج الداخل يده منها الى الخارج فالقطع على الداخل وان أدخل الخارج يده فتناولها فعليهما القطع) وعلل الاطلاق الذى هو ظاهر المذهب بقوله (لاعتراض يد معتبرة على المال) المسروق (قبل خروجه) أى قبل خروج الداخل والوجه أن يقطع الداخل كما عن أبى يوسف لانه دخل الحرز وأخرج المال منه بنفسه وكونه لم يخرج كله معه لا أثر له فى ثبوت الشبهة فى السرقة واخراج المال وما قيل ان السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل ممنوع بل تمت بالداخل وحده وانما تتم بهما اذا أدخل الخارج يده فأخذها وفيه قال أبو يوسف يقطعان وقول مالك ان كانا متعاونين قطعا هو محمل قول أبى يوسف وقال فان انفرد كل بفعله لا يقطع واحد منهما وهذا لا يتحقق فى هذه الصورة الا اذا اتفق أن مارا رأى نقبا فأدخل يده فوقعت على شئ مما جمعه الداخل فأخذه فظاهر أنه لا يقطع واحد منهما قال والمسئلة بناء على مسئلة أخرى تأتى يعنى مسئلة نقب البيت والقاه فى الطريق ثم خرج وأخذه ولم يذكر محمد ما اذا وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج وأخذه قيل يقطع والصحيح أنه لا يقطع قيل ولو كان فى الدار نهر جار فرمى المال فى النهر ثم خرج فأخذه ان خرج بقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرجه وقيل يقطع لانه

وقوله (ومن سرق سرقة) أى مالا وسمى الشئ المسروق سرقة مجازا ومنه قول محمد اذا كانت السرقة مصحفا وقوله (وان كانت فيها) أى فى الدار (مقاصير) يعنى حجرات وبيوت وقوله (وان أغار انسان) أى دخل بسرعة قال فى النهاية ناقلا عن المغرب ان أغار لفظ شمس الائمة الحلوانى والضمرى وأما لفظ محمد فهو وان أعان انسان من أهل المقاصير انسانا على متاع من يسكن مقصورة أخرى ولفظ شمس الائمة السرخسى كذلك وكأنه أصح لان الاغارة فى باب السرقة غير لائقة لان السرقة أخذ مال فى خفاء وحيلة فلذلك سمى السارق به لانه يسارق عين المسروق منه والاغارة أخذ فى المجاهرة مكابرة ومغالبة وقيل يجوز أن يكون بعض أهل المقاصير يدخل على بعض آخر بالليل جهرا ومكابرة ومختفيا عن أعين الناس ومثل هذا المعنى لا يليق به الا الاغارة واذا صح المعنى جاز أن يكون لفظ الاغارة مرويا عن محمد وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله أغار اشارة الى هاتين الجهتين وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان كل مقصورة الخ وقوله (واذا نقب اللص البيت) ظاهر وقوله (وهى بناء على مسئلة تأتى بعد هذا) اشارة الى مسئلة نقب البيت

(قوله وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله أغار اشارة الى هاتين الجهتين) أقول يعنى الدخول بالليل جهرا والاختفاء عن أعين الناس (قوله وهى بناء على مسئلة) أقول يظهر بناؤها عليها بأدنى التأمل لكن لابد فى قطع الداخل اذا أدخل الخارج يده من ملاحظة دليل قوله اذا دخل الحرز جماعة

(قوله وان ألقاه فى الطريق) واضح وحاصله أن يده تثبت عليه بالاخذ ثم بالرمى الى الطريق لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد أخرى على يده واذا بقيت يده حكما وقد تقرر ذلك بالاخذ الثانى وجب القطع (قوله ولم تعترض عليه يد معتبرة) جواب عن قوله كما لو أخذه غيره فان هنالك يدا معتبرة اعترضت عليه فأوجبت سقوط اليد الحكمية للسارق فلما لم تسقط اليد الحكمية هنا لم يرد ما ذكره زفر لانه

(وان ألقاه فى الطريق وخرج فأخذه قطع) وقال زفر رحمه الله لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو أخذه غيره ولنا أن الرمى حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا فاذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق قال (وكذلك ان حمله على حمار فساقه وأخرجه) لان سيره مضاف اليه لسوقه (واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا) قال العبد الضعيف هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله لان الاخراج وجد منه فتمت السرقة به ولنا أن الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما فى السرقة الكبرى وهذا لأن المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع لأدى الى سد باب الحد

اخراج ذكره التمرتاشى وقال فى المبسوط فيما اذا أخرجه الماء بقوة جريه الاصح أنه يلزمه القطع وهو قول الائمة الثلاثة لان جرى الماء به كان بسبب القائه فيه فيصير الاخراج مضافا اليه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يكون مسقطا للقطع عنه ولو كان راكدا أو جريه ضعيفا فأخرجه بتحريك الماء قطع بالاجماع وهذا يرد نقضا على مسئلة المذهب لانه يصدق عليه انه لم يخرج مع المال ولكن لا يصدق عليه اعتراض اليد المعتبرة قبل أن يخرج به (ولو ألقاه) الداخل (فى الطريق ثم خرج وأخذه قطع) وبه قالت الائمة الثلاثة خلافا لزفر (له أن الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذه) بأن تركه أو أخذه غيره (وكذا الاخذ من السكة) غير موجب للقطع فلا يقطع بحال (ولنا أن الرمى حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع لضيق النقب أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو الفرار) ان أدرك (ولم يعترض على المال الذى أخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع) لمال صاحب الدار عداوة ومضارة (لا سارق) واذا أخذه غيره فقد اعترضت يد معتبرة فقطعت نسبة الاخذ اليه والحاصل أن يد السارق تثبت عليه وبالالقاء لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد أخرى ألا ترى أن من سقط منه مال فى الطريق فأخذه انسان ليرده عليه ثم رده الى مكانه لم يضمن لانه فى ذلك المكان فى يد صاحبه حكما فرده اليه كرده الى صاحبه بخلاف ما لو أخذه غيره لسقوط اليد الحكمية باليد الحقيقية (وكذا اذا حمله على حمار فساقه فأخرجه لان سيره مضاف اليه بسوقه) فيقطع وفى مبسوط أبى اليسر وكذا اذا علقه فى عنق كلب وزجره يقطع ولو خرج بلا زجره لا يقطع لان للدابة اختيارا فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا تنقطع نسبة الفعل اليها وكذا اذا علقه على طائر فطار به الى منزل السارق أو لم يسق الحمار فخرج بنفسه الى منزل السارق لا يقطع (قوله واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رحمه الله وهذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر) والائمة الثلاثة لان فعل السرقة لا يتم الا بالاخراج بعد الاخذ والاخذ ان نسب الى الكل فالاخراج انما وجد منه فانما تمت السرقة منه فقلنا نعم هذا هو القياس ولكنا استحسنا قطعهم (لان الاخراج وان قام به وحده لكنه فى المعنى من الكل لتعاونهم كما فى السرقة الكبرى) واذا باشر بعضهم القتل والاخذ والباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل الى الكل شرعا بسبب معاونتهم وأن قدرة القاتل والآخذ انما هى بهم فكذا هذا (فان السراق يعتادون ذلك فيتفرغ غير الحامل للدفع) فكان مثله وبهذا القدر يتم الوجه وقوله بعد ذلك (فلو امتنع القطع أدى الى سد باب الحد) ان منع لم يضر

خرج من الحرز ولا مال فى يده وقوله (فاعتبر الكل) أى القاؤه فى الطريق ثم أخذه منه (فعلا واحدا) كما اذا أخذ المال وخرج معه من الحرز فانه فعل واحد كذلك هذا وقوله (فاذا خرج ولم يأخذه) جواب عن قوله كما لو خرج ولم يأخذ وقوله (وكذا ان حمله على حمار) ظاهر قال (واذا دخل الحرز جماعة) كلامه واضح وانما وضع المسئلة فى دخول جميعهم لانهم اذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت وأخرج المتاع ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم وان كان غير الداخل يعين الداخل والفرق بينهما أنهم لما لم يدخلوا البيت لم يتأكد معاونتهم بهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لما أن كمال هتك الحرز انما يكون بالدخول وقد وجد فى مسئلة الكتاب فاعتبر اشتراكهم قالوا هذا اذا كان الآخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بأن كان عاقلا بالغا وأما اذا كان الآخذ الحامل صبيا أو مجنونا فلا يقطع واحد منهم لان غير الحامل فى هذا

الفعل تبع للآخذ الحامل فاذا لم يجب القطع على من هو أصل لا يجب على من هو تبع وان كان الذى وانما تولى الحمل والاخراج كبيرا لكن فيهم صبى أو مجنون فكذلك الجواب على قول أبى حنيفة ومحمد لان الفعل من الكل واحد وقد تمكنت الشبهة فى فعل بعضهم فلا يجب على الباقين وقال أبو يوسف يجب القطع الا على الصبى والمجنون

قال (ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيأ لم يقطع) وعن أبي يوسف في الاملاء أنه يقطع لانه أخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد أمكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد قال (وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان أدخل يده في الكم يقطع) لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب

وانما وضعها في دخول الكل لانه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا في فعل السرقة لا يقطع الا الداخل ان عرف بعينه وان لم يعرف عزروا كلهم وأبد حبسهم الى ان تظهر توبتهم (قوله ومن نقب البيت وأدخل يده فأخذ شيأ لم يقطع) وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولذا لم يذكر الحاكم خلافا (وروى عن أبي يوسف في الاملاء انه يقطع) وهو قول الائمة الثلاثة لان اخراج المال من الحرز هو المقصود وقد تحقق والدخول فيه لم يفعل قط الا له فكان هو المقصود من الدخول وقد وجد فاعتباره شرطا في القطع بعد المقصود اعتبار صورة لا أثر لها غير ما حصل (وصار كما اذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي) أو في الجوالق والغطريفي درهم منسوب الى الغطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وكانت دراهمه من أعز النقود ببخارى قال المصنف (ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال) وعرفت أن هذا في حيز المنع منهم فأثبته بقوله (تحرزا عن شبهة العدم) أي شبهة عدم السرقة وهي مسقطة فان الناقص يشبه العدم وقد يمنع نقصان هذه السرقة لانها أخذ المال خفية من حرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها ولا شرط لوجودها اذ قد يتحقق هذا المفهوم بلا دخول وقد يتحقق معه وفي كلا الصورتين معنى السرقة تام لا نقص فيه وكون الدخول هو المعتاد باتفاق الحال لانه قلما يقدر على اخراج شئ مالم يبصره بعينه من جوانب البيت فيقصد اليه وقلما يدخل الانسان يده من كوة بيت فتقع على مال ثم فرق بينه وبين الصندوق ان الدخول في الصندوق غير ممكن فسقط اعتباره بخلاف البيت (وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع فانه هو المعتاد) (قوله ومن طر) أي شق (صرة) والصرة الهميان والمراد من الصرة هنا الموضع المشدود فيه دراهم من الكم (لم يقطع وان أدخل يده في الكم قطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من خارج فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب) فاذا كان الرباط من خارج يقطع لانه أخذ الدراهم حينئذ من باطن الكم وان كان الرباط من داخل الكم لا يقطع لانه حينئذ يأخذها من خارج

(قوله ومن نقب البيت) واضح والغطريفي هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من أعز النقود ببخارى كذا في المغرب ويؤيد وجه ظاهر الرواية ماروى عن علي أنه قال اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل وكيف ذلك قال أن ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخل وقوله (بخلاف الصندوق) جواب عن قوله كما اذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فان قيل لو كان الكمال في هتك الحرز شرطا تحرزا عن شبهة العدم لما وجب القطع فيما تقدم من حمل بعض القوم المتاع دون بعض لان فيه شبهة العدم أجاب بأن ذلك هو المعتاد (وان طر صرة) الطرار هو الذي يطر الهميان أي يشقها و يقطعها والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة أي شددتها والمراد بالصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على أن المذكور في أصول الفقه بان الطرار يقطع ليس بجرى على عمومه بل هو محمول على الصورة الثانية وهي ما اذا أدخل يده في الكم فطرها (قوله فلا يوجد هتك الحرز) يعني ادخال اليد في الكم واخراج الدراهم منه وقوله (في الوجهين) أي من الخارج والداخل وقوله (ينعكس الجواب) يعني فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان خارج الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في أخذ الدراهم الى ادخال اليد في الكم فلما أخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا كان حل الرباط في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة مخلولة فكان الاخذ من خارج الكم فلم يقطع لانه لم يهتك الحرز في أخذ المال لانه وان أدخل اليد في الكم الا أنه أدخلها لحل الرباط لا لاخذ المال من الكم وهذا معنى قوله ينعكس الجواب

قال المصنف (لان في الوجه الأول الى قوله هتك الحرز) أقول فيه بحث يندفع بأدنى تأمل فانه لا يدخل يده في الحرز حينئذ لعدم قابلية الحرز لذلك اذا كان الطر من خارج فلم يوجد هتك الحرز على الكمال

لانعكاس العلة وقوله (لانه يعتمده) أى لان صاحب الكم يعتمد الكم فى حفظ المال لاقيام نفسه عند المال لان

لانعكاس العلة وعن أبى يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال لانه محرز إما بالكم أو بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة أو الاستراحة فأشبه الجوالق (وان سرق من القطار بعيرا أو حملا لم يقطع) لانه ليس بمحرز مقصودا فتتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع (وان شق الحمل وأخذ منه قطع) لان الجوالق فى مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع (وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع) ومعناه ان كان الجوالق فى موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة

الكم فظهر أن انعكاس الجواب (لانعكاس العلة وعن أبى يوسف انه) أى الطرار (يقطع على كل حال) وهو قول الائمة الثلاثة لان فى صورة أخذه من خارج الكم ان لم يكن محرزا بالكم فهو محرز بصاحبه واذا كان محرزا بصاحبه وهو نائم الى جنبه فلأن يكون محرزا به وهو يقظان والمال ملاصق بدنه أولى (قلنا بل الحرز هنا ليس الا الكم لان صاحب المال يعتمد الكم) أو الجيب لا قيام نفسه فصار الكم كالصندوق وهذا لان المطرور كه اما فى حال المشى أو فى غيره فقصوده فى الاول ليس الا قطع المسافة لا حفظ المال وان كان الثانى فقصوده الاستراحة عن حفظ المال وهو شغل قلبه بمراقبته فانه متعب للنفس فيربطه ليريح نفسه من ذلك فانما اعتمد الربط والمقصود هو المعتبر فى هذا الباب ألا ترى أن من شق جوالقا على جمل يسير فأخذ مافيه قطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق فكان السارق منه هاتكا للحرز فيقطع ولو أخذ الجوالق بما فيه لا يقطع وكذا لو سرق من الفسطاط قطع ولو سرق نفس الفسطاط لا يقطع لانه ليس محرزا بل مافيه محرز به فلذا قطع فيما فيه دونه بخلاف مالو كان الفسطاط ملفوفا عنده يحفظه أو فى فسطاط آخر فانه يقطع به ولو سرق الغنم من المرعى لا يقطع وان كان الراعى معها لان الراعى لا يقصد الحفظ بل مجرد الرعى بخلاف مالو كانت فى حظيرة بناها لها وعليها باب مغلق فأخرجها منه قطع لانها بنيت لحفظها وعند الائمة الثلاثة اذا كان الراعى بحيث يراها يقطع لانها محرزة به وان كانت غائبة عن نظره أو هو نائم أو مشغول فليست محرزة وكذا اذا أخذ الجوالق بما فيه من الجمال المقطرة يقطع وبما ذكر من التفصيل فى الطر ظهر أن ما يطلق فى الاصول من أن الطرار يقطع انما يأتى على قول أبى يوسف (قوله وان سرق من القطار بعيرا أو حملا لم يقطع لانه ليس بمحرز مقصود فتتمكن فيه شبهة العدم وهذا لأن السائق والراكب والقائد انما يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل وأخذ منه قطع لان الجوالق فى مثل هذا احرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع) وعند الائمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع فى أخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الاخذ وأما القائد فحافظ للجمل الذى زمامه بيده فقط عندنا وعندهم اذا كان بحيث يراها اذا التفت اليها حافظ للكل فالكل محرزة عندهم بقوده وفرض أن قصده قطع المسافة ونقل الامتعة لا ينافى أن يقصد الحفظ مع ذلك بل الظاهر ذلك فوجب اعتباره والعمل به وكونه عليه الصلاة والسلام لم يوجب القطع فى حريسة الجبل يحمل على ترك الراعى اياها فى المرعى وغيبتها عن عينه أو مع نومه والقطار بكسر القاف الابل يشد زمام بعضها خلف بعض على نسق ومنه جاء القوم متقاطرين اذا جاء بعضهم إثر بعض (قوله وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق فى موضع ليس بحرز كالطريق) والمفازة والمسجد (ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة

قصد صاحب الكم من وجوده عند المال لا يخلو من أحد أمرين قطع المسافة أو الاستراحة وذلك لانه إما أن يكون فى حالة المشى أو فى غير حالته ففى الاول قصده قطع المسافة لا حفظ المال وفى الثانى قصده الاستراحة والمقصود هو المعتبر فى هذا الباب الاترى أن من شق الجوالق الذى على ابل تسير وأخذ الدراهم منه يقطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق حرزا لها فكان سارق الدراهم من الجوالق هاتكا للحرز فيقطع ومن سرق الجوالق بما فيه والجوالق على ابل تسير لا يقطع لان السائق والقائد انما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق لا الحفظ فلم يصر الجوالق محرزا به مقصودا على ماهو المذكور فى الكتاب وقوله (وان سرق من القطار بعيرا) القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر ومنه تقاطر القوم اذا جاؤا أرسالا

قال المصنف (لانه محرز إما بالكم) أقول قال الكاكى أى فى صورة طرها خارج الكم (أو بصاحبه) أى فى صورة طرها داخل الكم بل المال محرز بصاحبه والمال تبع انتهى بل الظاهر عكس ذلك وأيضا حينئذ لا يلائم قوله لنا الحرز هو الكم اذ أبو يوسف لا ينكره

وكذا

وقوله (وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار) يريد قوله ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا الى قوله وهو الصحيح والله أعلم

﴿فصل في كيفية القطع واثباته﴾ لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا الفصل في بيانه الزند مفصل طرف الذراع من الكف والحسم من حسم العرق كواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه (فالقطع لما تلوناه) يعني قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية (واليمين بقراءة ابن مسعود) فاقطعوا أيمانهما وهي مشهورة جازت الزيادة بها (٢٤٧) على الكتاب وقد عرف في الاصول

وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظاله وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار والله أعلم بالصواب

﴿فصل في كيفية القطع واثباته﴾ قال (ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم) فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل أعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه الصلاة والسلام فاقطعوه واحسموه

وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل) يعني عند التصحيح وقوله لانه يعد النائم عند متاعه حافظاله في العادة (وذكر في بعض نسخ الجامع وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظاله وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار) وهو أنه لا يشترط في قطع السارق من الحافظ كونه عنده أو تحته

﴿فصل في كيفية القطع واثباته﴾ ظاهر ترتيبه على بيان نفس السرقة وتفاصيل المال والحرز لانه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فيتعقبه (فالقطع لما تلوناه من قبل) وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما والمعنى يديهما وحكم اللغة أن ما أضيف من الخلق الى اثنين لكل واحد واحد أن يجمع مثل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وقد يثنى وقال * ظهراهما مثل ظهور الترسين * والافصح الجمع وأما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود فاقطعوا أيمانهما وهي قراءة مشهورة فكان خبرا مشهورا فيقيد اطلاق النص فهذا من تقييد المطلق لا من بيان المجمل لان الصحيح أنه لا اجمال في قوله فاقطعوا أيديهما وقد قطع عليه الصلاة والسلام اليمين وكذا الصحابة فلو لم يكن التقييد مرادا لم يفعله وكان يقطع اليسار وذلك لان اليمين أنفع من اليسار لانه يتمكن بها من الاعمال وحدها ما لا يتمكن به من اليسار فلو كان الاطلاق مرادا والامتثال يحصل بكل لم يقطع الا اليسار على عادته من طلب الايسر لهم ما أمكن وأما كونه من الزند وهو مفصل الرسغ ويقال الكوع فلانه المتوارث ومثله لا يطلب فيه سند بخصوصه كالمتواتر لا يبالي فيه بكفر الناقلين فضلا عن فسقهم أو ضعفهم وروى فيه خصوص متون منها ما رواه الدارقطني في حديث رداء صفوان قال فيه ثم أمر بقطعه من المفصل وضعف بالعرزمي وابن عدي في الكامل عن عبد الله بن عمر قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقا من المفصل وفيه عبد الرحمن بن سلمة قال ابن القطان لا أعرف له حالا وأخرج ابن أبي شيبة عن رجاء بن حيوة أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع رجلا من المفصل وانما فيه الارسال وأخرج عن عمر وعلي انهما قطعا من المفصل وانعقد عليه الاجماع فما نقل عن شذوذ من الاكتفاء بقطع الاصابع لان بها البطش وعن الخوارج من أن القطع من المنكب لان اليد اسم لذلك الله أعلم بصحته وبتقدير ثبوته هو خرق للاجماع وهم لم يقدحوا في الاجماع قبل الفتنة ولان اليد تطلق على ما ذكر وعلى ما الى الرسغ اطلاقا أشهر منه الى المنكب بل صار يتبادر من اطلاق اليد فكان أولى باعتباره ولئن سلم اشتراك الاسم جاز كون ما الى المنكب هو المراد وما الى الرسغ فيتعين ما الى الرسغ درأ للزائد عند احتمال عدمه وأما الحسم فقد روى الحاكم من حديث أبي هريرة انه عليه الصلاة

(ومن الزند لأن الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل أعني الرسغ متيقن به) من حيث القطع والمقطوع لكونه أقل فقولنا من حيث القطع احتراز عن قول بعض الناس ان المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فتقطع أصابعه لزوال تمكنه من البطش بها لان فيه قطعا مكررا وفيما قلنا قطع واحد على انه مخالف النص لان المذكور فيه اليد وقولنا من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج تقطع يمين السارق من المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى الآباط لأن فيه تكثير المقطوع وقوله (كيف وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بقطع السارق من الزند والحسم) روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بسارق فقالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال عليه السلام ما إخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه الحديث

﴿فصل﴾ في كيفية القطع قال المصنف (لان الاسم يتناول اليد الى الابط) أقول ولعل المراد أن لفظ اليد مشترك بين الكل والجزء كلفظ القرآن قال العلامة الكاكي اليد فقد تكون من المنكب وقد تكون من المرفق وقد تكون من الرسغ باستعمال العرب واللغة والشرع ولكن زال هذا الابهام ببيان رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمله وعمل الصحابة رضوان الله تعالى عليهم واجماعهم اهـ (قوله لان الاسم) أي اسم اليد وقوله يتناول اليد أي يتناول المسمى به (قوله أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع السارق من الزند والحسم) أقول فيه شئ لان ظاهر أسلوبه يوهم ان يكون قوله والحسم معطوفا على قوله بقطع وليس كذلك بل على قوله ومن الزند

ولانه لولم يحسم يفضى الى التلف والحد زاجر لامتلف (فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد فى السجن حتى يتوب) وهذا استحسان ويعزر أيضا ذكره المشايخ رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله فى الثالثة تقطع يده اليسرى وفى الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى فى كونها جناية بل فوقها فتكون أدعى الى شرع الحد

وقوله (ولانه لولم يحسم) ظاهر وقوله (وخلد فى السجن حتى يتوب) حاصله أن السارق لا يؤتى على أطرافه الاربعة بالقطع وانما يقطع يمينه أول سرقة ورجله اليسرى فى ثانيها ثم يعزر بعد ذلك ويحبس عندنا وعند الشافعى بعد الرابعة يحبس وعند أصحاب الظواهر فى المرة الخامسة يقتل وقوله (ويروى مفسرا كما هو مذهبه) هو فى حديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى المرة الاولى تقطع يده اليمنى وفى الثانية الرجل اليسرى وفى الثالثة اليد اليسرى وفى الرابعة الرجل اليمنى (قوله ولان الثالثة) ظاهر

والسلام أتى بسارق سرق شملة فقال عليه الصلاة والسلام ما إخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتونى به فقطع ثم حسم ثم أتى به فقال تب الى الله قال تبت الى الله قال تاب الله عليك وقال صحيح على شرط مسلم ورواه أبو داود فى المراسيل وكذا رواه أبو القاسم بن سلام فى غريب الحديث وأخرج الدارقطنى عن حجية عن على انه قطع أيديهم من المفصل ثم حسمهم فكأنى أنظر اليهم والى أيديهم كأنها أيور الحمر والحسم الكى لينقطع الدم وفى المغرب والمغنى لابن قدامة هو أن يغمس فى الدهن الذى أغلى وثمن الزيت وكلفة الحسم فى بيت المال عندهم لانه أمر القاطع به وبه قال الشافعى فى وجه وعندنا هو على السارق وقول المصنف (لانه لولم يحسم يؤدى الى التلف) يقتضى وجوبه والمنقول عن الشافعى وأحمد أنه مستحب فان لم يفعل لا يأثم ويسن تعليق يده فى عنقه لانه عليه الصلاة والسلام أمر به رواه أبو داود وابن ماجه وعندنا ذلك مطلق للامام ان رآه ولم يثبت عنه عليه الصلاة والسلام فى كل من قطعه ليكون سنة (قوله وان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى) بالاجماع فقد روى فيه حديث قدمناه ثم يقطع من الكعب عند أكثر أهل العلم وفعل عمر ذلك وقال أبو ثور والروافض يقطع من نصف القدم من معقد الشراك لان عليا كان يقطع كذلك ويدع له عقبا يمشى عليه قال (فان سرق ثالثا لا يقطع) بل يعزر (ويخلد فى السجن حتى يتوب) أو يموت (وقال الشافعى فى الثالثة تقطع يده اليسرى وفى الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه) وهو بهذا اللفظ لا يعرف ولكن أخرج أبو داود عن جابر قال جئ بسارق الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جئ به فى الثانية فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جئ به فى الثالثة فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جئ به فى الرابعة فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جئ به فى الخامسة قال اقتلوه قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فألقيناه فى بئر ورمينا عليه الحجارة قال النسائى حديث منكر ومصعب بن ثابت ليس بالقوى وأخرج النسائى عن حماد بن سلمة أنبأنا يوسف بن سعيد عن الحرث بن حاطب اللخمى أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بلص فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم سرق فقطعت رجله ثم سرق على عهد أبى بكر حتى قطعت قوائمه الاربع كلها ثم سرق الخامسة فقال أبو بكر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلم بهذا حين قال اقتلوه ورواه الطبرانى والحاكم فى المستدرك وقال صحيح الاسناد قال المصنف (وروى مفسرا كما هو مذهبه) أخرج الدارقطنى عن أبى هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله فان عاد فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله وفى سنده الواقدى وهنا طرق كثيرة متعددة لم تسلم من الطعن ولذا طعن الطحاوى كما ذكره المصنف فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشئ منها أصلا وفى المبسوط الحديث غير صحيح والا احتج به بعضهم فى مشاورة على ولئن سلم يحمل على الانتساخ لانه كان فى الابتداء تغليظ فى الحدود ألا ترى أن النبى صلى الله عليه وسلم قطع أيدى العرنيين وأرجلهم وسمر أعينهم ثم انتسخ ذلك وأما فعل أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فروى مالك فى الموطا عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه ان رجلا من اليمن أقطع اليد والرجل قدم فنزل

على

ولنا قول على رضى الله عنه فيه انى لأستحى من الله تعالى أن لا أدع له يدا يأكل بها و يستنجى بها ورجلا يمشى عليها

على أبى بكر الصديق فشكا اليه ان عامل اليمن ظلمه فكان يصلى من الليل فيقول أبو بكر رضى الله عنه وأبيك ماليلك بليل سارق ثم انهم فقدوا عقدا لأسماء بنت عميس امرأة أبى بكر الصديق رضى الله عنه فجعل الرجل يطوف معهم و يقول اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلى عند صائغ زعم أن الاقطع جاءه به فاعترف الأقطع وشهد عليه فأمر به أبو بكر فقطعت يده اليسرى وقال أبو بكر لدعاؤه على نفسه أشد عليه من سرقته ورواه عبد الرزاق أخبرنا معمر عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها قالت قدم على أبى بكر رضى الله عنه رجل أقطع فشكا اليه أن يعلى بن أمية قطع يده ورجله فى سرقة وقال والله مازدت على أنه كان يولينى شيأ من عمله فخنته فى فريضة واحدة فقطع يدى ورجلى فقال له أبو بكر ان كنت صادقا فلأقيدنك منه فلم يلبثوا الاقليلا حتى فقد آل أبى بكر حليا لهم فاستقبل القبلة ورفع يديه وقال اللهم أظهر من سرق أهل هذا البيت الصالح قال فما انتصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده فقال له أبو بكر رضى الله عنه و يلك انك لقليل العلم بالله فقطع أبو بكر يده الثانية قال محمد بن الحسن فى موطئه قال الزهرى و يروى عن عائشة قالت انما كان الذى سرق حلى أسماء أقطع اليد اليمنى فقطع أبو بكر رجله اليسرى قال وكان ابن شهاب أعلم بهذا الحديث من غيره هذا وقد حكى عن عطاء وعمرو بن العاص وعثمان وعمر بن عبد العزيز أنه يقتل فى المرة الخامسة كما هو ظاهر ماروى من ذلك وذهب مالك والشافعى الى انه يعزر ويحبس كقولنا فى الثالثة (قوله ولنا قول على رضى الله عنه الخ) قال محمد بن الحسن فى كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن على بن أبى طالب رضى الله عنه قال اذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فان عاد قطعت رجله اليسرى فان عاد ضمنته السجن حتى يحدث خيرا انى لأستحى من الله أن أدعه ليس له يد يأكل بها و يستنجى بها ورجل يمشى عليها ومن طريق محمد رواه الدارقطنى ورواه عبد الرزاق فى مصنفه أخبرنا معمر عن جابر عن الشعبى قال كان على لا يقطع الا اليد والرجل وان سرق بعد ذلك سجنه و يقول انى لأستحى من الله أن لا أدع له يدا يأكل بها و يستنجى بها ورواه ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا حاتم بن اسمعيل عن جعفر بن محمد عن أبيه قال كان على لا يزيد على ان يقطع السارق يدا ورجلا فاذا أتى به بعد ذلك قال انى لاستحى أن أدعه لا يتطهر لصلاته ولكن احبسوه وأخرجه البيهقى عن عبد الله بن سلمة عن على رضى الله عنه انه أتى بسارق فقطع يده ثم أتى به فقطع رجله ثم أتى به فقال أقطع يده فبأى شئ يتمسح و بأى شئ يأكل أقطع رجله على أى شئ يمشى انى لأستحى من الله ثم ضربه وخلده فى السجن وروى ابن أبى شيبة أن نجدة كتب الى ابن عباس يسأله عن السارق فكتب اليه بمثل قول على وأخرج عن سماك أن عمر استشارهم فى سارق فأجمعوا على مثل قول على وأخرج عن مكحول أن عمر رضى الله عنه قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده الاخرى وذروه يأكل بها و يستنجى بها ولكن احبسوه عن المسلمين وأخرج عن النخعى كانوا يقولون لا يترك ابن آدم مثل البهيمة ليس له يد يأكل بها و يستنجى بها وهذا كله قد ثبت ثبوتا لامرد له فبعيد أن يقع فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل هذه الحوادث التى غالبا تتوفر الدواعى على نقلها مثل سارق يقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعته ثم يقتله والصحابة يجتمعون على قتله ولا خبر بذلك عند على وابن عباس وعمر من الاصحاب الملازمين له عليه السلام بل أقل مافى الباب أن كان ينقل لهم ان غابوا بل لابد من علمهم بذلك و بذلك تقضى العادة فامتناع على بعد ذلك اما لضعف الروايات المذكورة فى الاتيان على أربعته وإما لعلمه أن ذلك ليس حدا مستمرا بل من رأى الامام قتله لما شاهد فيه من السعى بالفساد فى الارض و بعد الطباع عن الرجوع فله قتله سياسة فيفعل ذلك

وبهذا احاج بقية الصحابة رضي الله عنهم فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب وقوعه بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما أمكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوى رحمه الله أو نحمله على السياسة (واذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع) لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا أو مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا (وكذا اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الاصبعان منها سوى الابهام) لان قوام البطش بالابهام (فان كانت أصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة أو شلاء قطع) لان فوات الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا فى البطش بخلاف فوات الاصبعين لانهما يتنزلان منزلة الابهام فى نقصان البطش

القتل المعنوى (قوله وبهذا احاج على بقية الصحابة فحجهم فانعقد اجماعا) يشير الى ما فى تنقيح ابن عبد الهادى قال سعيد بن منصور رضي الله عنه حدثنا أبو معشر عن سعيد بن أبى سعيد المقبرى عن أبيه قال حضرت على بن أبى طالب وقد أتى برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لاصحابه ما ترون فى هذا قالوا اقطعه يا أمير المؤمنين قال قتلته اذا وما عليه القتل بأى شئ يأكل الطعام بأى شئ يتوضأ للصلاة بأى شئ يغتسل من جنابته بأى شئ يقوم على حاجته فرده الى السجن أياما ثم أخرجه فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الاول وقال لهم مثل ما قال أول مرة فجلده جلدا شديدا ثم أرسله وقال سعيد أيضا حدثنا أبو الاحوص عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عائذ قال أتى عمر بن الخطاب بأقطع اليد والرجل قد سرق فأمر أن يقطع رجله فقال على رضي الله عنه قال الله انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية فقد قطعت يد هذا ورجله فلا ينبغى ان تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشى عليها اما أن تعزره واما ان تودعه السجن فاستودعه السجن وهذا رواه البيهقى فى سننه وهو مما يؤيد ضعف الحديث من استدلال على رضي الله عنه وموافقة عمر له قال المصنف (ولانه اهلاك معنى) هو من قول على رضي الله عنه قتلته إذا (والحد زاجر) لا مهلك (ولانه نادر الوجود) أى يندر أن يسرق الانسان بعد قطع يده ورجله (والحد) لا يشرع الا (فيما يغلب) على ما مر غير مرة (بخلاف القصاص) يعنى لو قطع رجل يدى رجل قطعت يداه أو أربعته قطعت أربعته (لانه حق للعبد فيستوفيه ما أمكن جبرا لحقه) لا يقال اليد اليسرى محل للقطع بظاهر الكتاب ولا اجماع على خلاف الكتاب لانا نقول لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملا بالقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة وتعينت اليمنى مرادة والامر المقرون بالوصف وان تكرر بتكرر ذلك الوصف لكن انما يكون حيث أمكن واذا انتفى ارادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد انتفى محليتها للقطع فلا يتصور تكراره فيلزم ان معنى الآية السارق والسارقة مرة واحدة فاقطعوا أيديهما وثبت قطع الرجل فى الثانية بالسنة والاجماع وانتفى ما وراء ذلك لقيام الدليل على العدم (قوله وان كان السارق أشل اليد اليسرى أو مقطوع الرجل اليمنى) أو كانت رجله اليمنى شلاء (لا يقطع لان فى القطع) والحالة هذه (تفويت جنس المنفعة بطشا) فيما اذا كانت اليد اليسرى مقطوعة أو مشلولة (أو مشيا) اذا كان ذلك فى رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة اهلاك حتى وجب تمام الدية بقطع اليدين والرجلين وهذا لان المشى لا يتأتى مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة (وكذا) لا يقطع يمين السارق (اذا كانت ابهام يده اليسرى) أو رجله اليسرى (مقطوعة أو شلاء أو الاصبعان) من واحدة منهما (سوى الابهام) لان فوتهما يقوم مقام فوت الابهام فى نقصان البطش بخلاف فوت اصبع واحد غير الابهام لا يوجب ذلك فيقطع ولا يشكل ان الشلل وقطع الابهام والاصابع لو كان فى اليد اليمنى انه يقطع لانها لو كانت صحيحة قطعت فكيف اذا كانت ناقصة وانما خوالف فى هذا الباب ما ذكر فى الكتاب حيث جعل القائم مقام الابهام

(قوله فحجهم) أى غلبهم فى الحجة يقال حاجه فحجه أى ناظره فى الحجة فغلبه بها (وقوله بخلاف القصاص) جواب سؤال تقديره لو قطع رجل أربعة أطراف اقتص منه بالاجماع وجميع ما ذكرتم من المحظورات هناك موجود لانه لا يبقى له يد يأكل بها ويستنجى بها ورجل يمشى عليها وفيه تفويت جنس المنفعة ونادر الوجود وتقرير الجواب أن القصاص حق العباد وحق العبد يراعى فيه المماثلة بالنص (والحديث) الذى رواه الشافعى دليلا على دعواه هذه (طعن فيه الطحاوى) قال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشئ منها أصلا أشار بها الى ما رواه الشافعى وقال أبو نصر البغدادى قال الطحاوى انه حديث لا أصل له لان كل من لقيناه من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له أصلا (أو نحمله على السياسة) بدليل ما ورد فى ذلك الحديث من الامر بالقتل فى المرة الخامسة وقوله (لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا) يعنى ان كانت يده اليسرى مؤفة (أو مشيا) ان كانت رجله اليمنى كذلك وباقى كلامه ظاهر

قال (واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا السارق) الحداد هو الذى يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد وانما قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه فعل ما أمره به فانه أمره بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه ولم يذكر حكم ما اذا قطع اليمين بعد القضاء قبل أن يقول له اقطع وقال فى المبسوط لاشئ عليه لان قيمة اليد قد سقطت بقضاء

قال (واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا فى سرقة سرقها فقطع يساره عمدا أو خطأ فلا شئ عليه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا لاشئ عليه فى الخطا ويضمن فى العمد) وقال زفر رحمه الله يضمن فى الخطا أيضا وهو القياس والمراد بالخطا هو الخطأ فى الاجتهاد وأما الخطأ فى معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا أيضا له أنه قطع يدا معصومة والخطأ فى حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه أخطأ فى اجتهاده اذ ليس فى النص تعيين اليمين والخطأ فى الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان فى المجتهدات وكان ينبغى ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولأبى حنيفة رحمه الله انه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن أيضا هو الصحيح

المحل بالبطش فوات ثلاث أصابع وهنا جعل له اصبعين لان الحد يحتاط فى درئه (قوله واذا قال الحاكم للحداد) أى للذى يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد (اقطع يمين هذا فى سرقة سرقها فقطع يساره عمدا أو خطأ فلا شئ عليه عند أبى حنيفة رحمه الله) ولكن يؤدب وبه قال أحمد (وقالا لاشئ عليه فى الخطا ويضمن فى العمد) ارش اليسار (وعند زفر يضمن فى الخطأ أيضا) بخلاف ما لو قال له اقطع يد هذا فقطع اليسار لا يضمن بالاتفاق وعند مالك والشافعى يقتص فى العمد كقولنا فيما اذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء بالقطع فى انتظار التعديل ثم عدلت لاقطع عليه لفوات محله وتقطع يد القاطع قصاصا ويضمن المسروق لو كان أتلفه لان سقوط الضمان باستيفاء القطع حقا لله تعالى ولم يوجد وكذا لو قطع يده اليسرى يقتص له و يسقط عنه قطع اليمنى لما عرف (قوله والمراد) أى المراد (بالخطا) الذى فيه الخلاف بيننا وبين زفر (الخطأ فى الاجتهاد) ومعناه ان يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه عن اجتهاد فى أن قطعها يجزئ عن قطع السرقة نظرا الى اطلاق النص وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما (أما الخطأ فى معرفة اليمين من الشمال لا يجعل عفوا) لانه بعيد يتهم فيه مدعيه وعلى هذا فالقطع فى الموضعين عمد وانما يكون معنى العمد حينئذ أن يتعمد القطع لليسار لا عن اجتهاد فى اجزائها (وقيل) الخطأ فى اليمين والشمال (يجعل عفوا أيضا لزفر انه قطع يدا معصومة والخطأ فى حق العباد غير موضوع فيضمنها ولنا انه) انما (أخطأ فى اجتهاده وخطأ المجتهد موضوع) بالاجماع وهذا موضع اجتهاد لان ظاهر النص يسوى بين اليمين واليسار (ولهما) فى العمد (انه) جان حيث (قطع يدا معصومة بلا تأويل تعمد الظلم فلا يعفى وان كان فى المجتهدات) لانه هو لم يفعله عن اجتهاد (وكان ينبغى ان يجب القود الا انه سقط للشبهة) الناشئة من اطلاق النص (ولأبى حنيفة رضى الله عنه انه) وان (أتلف) بلا حق ظلما لكنه (أخلف من جنسه ما هو خير له) وهى اليمين فانها لا تقطع بعد قطع اليسرى وهى خير لان قوة البطش بها أتم فلا يضمن شيأ وانما قلنا انه أخلف لان اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فأخلفها الى خلف استمرارها وبقائها بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى لانه وان امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما أتلف عليه من المنفعة لان منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشى وأما ان قطع رجله اليسرى فلم يعوض عليه شيأ أصلا وصار كما لو شهد اثنان على رجل ببيع عبد بألفين وقيمته ألف أو شهدا بمثل قيمته ثم رجعا بعد القضاء لا يضمنان شيأ (قوله وعلى هذا) أى على تعليل قول أبى حنيفة بالاخلاف بقطع يساره (غير الحداد أيضا) للاخلاف (وهو الصحيح) احتراز عما ذكر الاسبيجابى فى شرحه لمختصر

الامام عليه بالقطع فالقاطع استوفى يدا لاقيمة لها فلم يكن ضامنا لكن أدبه الامام لانه أساء الادب حين قطعه قبل أن يأمره الامام به وكلامه واضح وقوله (بغير حق) دليله أن الحق فى اليمين فى السرقة وهو أيضا لم يقطع يسارا أحد ليكون حق القطع اليسار قصاصا (ولا تأويل) حيث لم يخطئ لان الكلام فيما اذا تعمد فى قطع اليسار (فلا يعفى) كما لو قطع رجله أو أنفه (وان كان فى المجتهدات) لأن المجتهد لا يعذر فيما اذا أخطأ اذا كان الدليل ظاهرا كالحكم بحل متروك التسمية عامدا (وكان ينبغى أن يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة) وهى قوله تعالى فاقطعوا أيديهما فان ظاهره يوجب تناول اليدين جميعا فصار شبهة فى حق القصاص اذ القصاص لا يثبت بالشبهة بخلاف ضمان المال وقوله (ولأبى حنيفة) تقريره القول بالموجب سلمنا انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لكنه أخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا (وعلى هذا) التقرير (لو قطعه غير الحداد) أى لو قطع يسار السارق غير الحداد بعد

حكم القاضى بقطع يمينه (لا يضمن) شيأ لان امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين أن يكون قاطع اليسار مأمور الحاكم أو أجنبيا غير مأمور (وقوله هو الصحيح) احتراز عما ذكره فى شرح الطحاوى فقال فيه ولو قطع غيره يده اليسرى فان فى العمد القصاص وفى الخطا الدية وسقط القطع عنه فى اليمين لانه لو قطع أدى الى الاستهلاك ويرد السرقة ان كان قائما وعليه ضمانه فى الهالك

(قوله يوجب تناول اليدين جميعا الخ) أقول يعنى على سبيل البدل كما فى قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وأيديكم

(قوله ولو أخرج السارق يساره) ظاهر (قوله ثم في العمد عنده) أي عند أبي حنيفة رضي الله عنه (عليه) أي على السارق (ضمان المال) المسروق وإن كان هالكا (لانه لم يقع حدا) وانما خص أبا حنيفة بالذكر وإن كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لما عسى أن يتوهم أن قطع اليسار وقع حدا عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان ايذانا بأن القطع لم يقع حدا اذ القطع حدا والضمان لا يجتمعان وعدم الضمان على الحداد باعتبار أنه أخلف خيرا لا باعتبار أن القطع وقع حدا وأما على مذهبهما فظاهر لا حاجة الى ذكره لانهما يضمنان الحداد في العمد فلا يقع القطع حدا لا محالة فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حدا وقوله (وفي الخطا كذلك على هذه الطريقة) أي على طريقة أن القطع لم يقع حدا لانه اذا لم يقع حدا لم يوجد ما ينافي الضمان والمقتضي وهو الاتلاف موجود فيجب الضمان البتة (وعلى طريقة الاجتهاد) الذي قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد ان ضمان اليد على الحداد بطل بطريق الاجتهاد (لا يضمن) السارق المال (٢٥٢) لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حدا لا يجتمعان قال (ولا يقطع السارق الا أن يحضر المسروق منه) اختلف العلماء في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقة للقطع فقال ابن أبي ليلى لا حاجة الى ذلك وتقبل الشهادة على السرقة حسبة كالزنا لان المستحق بكل واحد منهما خالص حق الله تعالى وقال الشافعي ان أقر السارق بالسرقة فلا حاجة الى ذلك وان ثبت بالبينة فلا بد من ذلك لان الشهادة تنبني على الدعوى في الحال فالم يحضر هو أو نائبه لا تقبل شهادته وان غاب بعد ذلك لا يتعذر استيفاء القطع وعندنا حضوره شرط في الاقرار والشهادة جميعا عند الاداء وعند القطع لان الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الاقرار والاقرار له بالملك بعد الشهادة وبه تنتفي السرقة وكل ما هو شرط الشئ لا يتحقق بدونه فكان القطع قبل حضوره استيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز الوجوه وكلامه في الكتاب واضح خلا أن فيه توهم التكرار لان معنى قوله لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومة هو معنى قوله لان الخصومة شرط لظهورها أي لظهور السرقة وهي الجناية ويمكن أن يدفع بان الاول تعليل لاشتراط الحضور والثاني لعدم التفرقة بين الاقرار والشهادة وان كانا بمعنى واحد

ولو أخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بأمره ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطا كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن (ولا يقطع السارق الا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة) لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي في الاقرار لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته

الطحاوي حيث قال هذا كله اذا قطع الحداد بأمر السلطان ولو قطع يساره غيره ففي العمد القصاص وفي الخطا الدية (قوله ولو أن السارق أخرج يساره وقال هذه يميني) فقطعها (لا يضمن) وإن كان عالما بانها يساره (بالاتفاق لانه قطعها بأمره ثم في العمد عنده على السارق ضمان المال) اذا كان استهلكه (لانه لم يقع حدا في الخطا كذلك على هذه الطريقة) أعني طريقة عدم وقوعه حدا وقيل طريقة الاختلاف ولازمها عدم وقوعه حدا فكلاهما واحد إلا أن الاول أقرب الى اللفظ (وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن) لانه وقع موقع الحد والقطع مع الضمان لا يجتمعان وانما خص أبا حنيفة رضي الله عنه بلزوم الضمان على السارق في عمد القطع مع انهما أيضا يضمنانه لان توهم انه لا يضمن انما يثبت على قوله لانه لما لم يوجب على الحداد ضمانا قد يتوهم انه لا يضمن السارق بناء عن ان قطع الحداد وقع حدا ولذا لم يضمنه فأزال الوهم بانه انما لم يضمنه لاخلافه لا لوقوعه حدا (قوله ولا يقطع السارق الا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهور السرقة) والخصم هو المسروق منه فلا بد من حضوره وهو قول الشافعي وأحمد وقال مالك وأبو ثور لا تشترط المطالبة لعموم الآية كما في حد الزنا وقوله (ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي في الاقرار) هو خلاف الاصح عنده والاصح عنده أن الاقرار كالبينة يعني اذا أقر عند الحاكم إني سرقت مال فلان نصابا من حرز لا شبهة فيه فانه لا يقطعه حتى يحضر فلان ويدعي وما ذكره عن الشافعي رواية عن أبي يوسف لان خصومة العبد ليس الا ليظهر سبب القطع الذي هو حق الله تعالى وبالاقرار يظهر السبب فلا حاجة الى حضوره والجواب أنه مالم يظهر تصديق المقر له في المقر به فهو للمقر ظاهرا ولهذا لو أقر لغائب ثم لحاضر جاز ولان شبهة الاباحة باباحة المالك للمسلمين أو لطائفة السارق منهم ثابتة وكذا شبهة وجود اذنه له في دخوله في بيته فاعتبرت المطالبة دفعا لهذه الشبهة بخلاف الزنا فانه لا يباح باباحة بوجه من

(قوله وانما خص أبا حنيفة الخ) أقول قال الشيخ الامام السغناقي وتبعه الكاكي وانما خص أبا حنيفة لما أن شبهة عدم وجوب الضمان على السارق انما ترد على مذهبه لانه يقول بعدم وجوب الحد فيظن ظان أن القطع وقع حدا عنده فلا يضمن السارق استدلالا بعدم وجوب الضمان اهـ وعندي أن ما ذكره السغناقي أنسب بالمقام مما ذكره الشارح تبعا للاتقاني فتأمل أنت (قوله فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان الخ) أقول فيه بحث فان الظاهر خلاف ذلك (قوله قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد) أقول وجه التخصيص غير ظاهر فان ذلك في طرف أبي حنيفة أيضا

ومعنى قوله لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود قد تقدم (قوله وصاحب الربا) قيل صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبضه فسرق منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة ولم يذكر العاقد الآخر من عاقدي الربا فكأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة بخلاف رب الوديعة والمغصوب منه فان الملك لهما باق

وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود (وللمستودع والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه أيضا وكذا المغصوب منه) وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا أن الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه والشافعي بناه على أصله أن لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه

الوجوه فلم تتمكن فيه هذه الشبهة والحق أن احتمال اباحة المالك ونحوه هي الشبهة الموهومة التي سينفيها المصنف وسيتضح ذلك فالمعول عليه ما ذكرنا من أن ملك المقر قائم ما لم يصدقه المقر له (قوله وكذا اذا غاب) المسروق منه (عند القطع) لا يقطع حتى يحضر وبه قال الشافعي وأحمد خلافا لمالك (لان الامضاء من القضاء في الحدود) على ما مر وعلى ظاهر كلام المصنف يكون التشبيه في ثبوت خلاف الشافعي لكن علمت أن الاصح أنه كقولنا ولما ثبت أن المطالبة شرط شرع في بيان من له المطالبة فقال (وللمستودع) بفتح الدال (والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم) أي اذا سرق الوديعة أو المال المغصوب وأما صاحب الربا فكالمشتري عشرة بخمسة اذا قبض العشرة فسرقها سارق قطع بخصومته لان هذا المال في يده بمنزلة المغصوب اذ المشترى شراء فاسدا في يد المشتري كالمغصوب (ولرب الوديعة أن يخاصمه و) (يقطعه أيضا) كالمودع (وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة) كمتولي الوقف والأب والوصي يقطع السارق لما في أيديهم من مال الوقف واليتيم بخصومتهم (ويقطع أيضا السارق من هؤلاء بخصومة المالك) بما في أيديهم (الا أن الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده) والصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين ويدل عليه تعليله بقوله (لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه) أي بدون قضاء الدين فليس له أن يخاصم في ردها وكذا نقل عن ابن المصنف أنه قال كان في نسخة المصنف بعد القضاء وقيل يمكن أن يكون هذا جواب القياس يعني أن للمالك أن يسترد الرهن كالمودع يسترده للحفظ فلا يكون أدنى حالا منه وقيد بقوله حال قيام الرهن لانه اذا كان مستهلكا لا يقطع الا بخصومة المرتهن لان الدين سقط عن الراهن فلم يبق له حق في مطالبته بالعين لا لنفسه ولا للحفظ وفي غاية البيان وينبغي أن يكون للراهن ولاية القطع اذا كانت قيمة الرهن أزيد من الدين بقدر عشرة لان الزائد أمانة في يد المرتهن فكان المرتهن بالنسبة الى ذلك القدر كالمودع والراهن كالمودع فيقطع بخصومته (قوله فالشافعي رحمه الله بناه) أي بنى عدم القطع بخصومة هؤلاء (على أصله وهو أن لا خصومة لهم في الاسترداد) عند جحود من في يده المال المودع كابناء غير المودع الا أن يحضر المالك لانهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم لابقاء اليد فلأن لا يملكوها لاعادة اليد أولى قيل لكن المذكور في كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن وكذا يقول مالك ويزيد المستعير أيضا (وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه) أي في القطع

(قوله وكل من له يد حافظة) بريد متولي الوقف والاب والوصي ولو سرق سارق من أحد هؤلاء وخاصم المالك قطع وان لم تكن السرقة من عنده لقيام الملك (قوله الا ان الراهن) استثناء منقطع وقد اختلف نسخ الهداية فيه ففي بعضها الا أن الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده وفي بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين واستصوبه الشارحون نقلا وعقلا أما نقلا فلانه موافق لرواية الايضاح والمحيط قال في المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن أن يقطعه وليس للراهن أن يقطعه لانه لا سبيل له على أخذ الرهن قال وان قضى الراهن الدين فله أن يقطعه لان له أن يأخذه وكذا في الايضاح وأما عقلا فلان السارق انما تقطع يده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين والمراد بالرهن المرهون والضمير في (بدونه) راجع الى قضاء الدين وعلى النسخة الاولى الى قيام الرهن فكان شرط جواز القطع بخصومة الراهن أمرين قيام المرهون حتى لو هلك لا سبيل للراهن عليه لبطلان دينه عنه وقضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد

حينئذ وزفر والشافعي اتفقا في الحكم واختلفا في تخريج المناط (فالشافعي بناه على أصله أن لا خصومة لهؤلاء المذكورين في الاسترداد عنده) اذا جحد من في يده المال ما لم يحضر المالك واذا لم يكن لهم ولاية الاسترداد لا يلتفت الى خصومتهم (وزفر يقول ولاية الخصومة في الاسترداد ضرورة الحفظ) والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها (فلا تظهر في حق القطع لان فيه) أي في ظهورها في حق القطع

(قوله ومعنى قوله الى قوله قد تقدم) أقول في باب الشهادة على الشهادة

تفويت الصيانة ولنا أن السرقة موجبة للقطع فى نفسها وقد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود من الخصومة إحياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومته

(تفويت الصيانة) لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الأمر على موضوعه بالنقض اذ تصير خصومته لاثبات الحفظ سببا لنفيه (ولنا أن السرقة موجبة للقطع فى نفسها وقد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا) وهذه النكتة هى مبنى الخلاف أعنى كون خصومتهم معتبرة فأثبتها بقوله (اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد) والاحسن أن يقال لهم ولاية الحفظ وهو باليد فكان استعادتها حقا لهم كما أن ذلك للمالك بل الملك فى الحقيقة لم يرد الا اليد وهذا لان ذا اليد إن كان أمينا لا يقدر على أداء الامانة الا بها وان كان غاصبا لا يقدر على اسقاط الضمان عن نفسه الا بذلك فكان خصومة فى حق لهم ثم تظهر به السرقة فيجب بها القطع ولذا لا يحتاج الى اضافة المال الى المالك بل يقول سرق منى وقصده إحياء حق المالك وحق نفسه بخلاف خصومته فى القصاص لا تعتبر فلا يقتص بخصومته لانه ليس فيه حقه فى إعادة يده وأورد أن فى صورة الاقرار لا يقطع الا بحضور المالك وهو إحدى الجنايتين وكذا لو أقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافا للشافعى مع ظهور السرقة بحجة شرعية فيهما وما ذاك الا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ما ذكرنا قبل والتوهم موجود فى هذه الصورة مع أنه يقطع أجيب بأن المستعير ومن ذكر معه أصحاب يد صحيحة وبينا أن لهم حق الاسترداد فخصومة كل منهم باعتبار حقه بخلاف الوكيل ألا ترى أنه لا يستغنى عن إضافة الخصومة الى غيره وفى فصل الاقرار شبهة زائدة هى جواز أن يرد المالك اقراره فيبقى المال مملوكا للسارق فاستيفاء الحد مع ذلك استيفاء مع الشبهة ثم أجاب عن قول زفر بقوله (وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء) حقا لله وان لزم غير مقصود ولا داعى لانه انما يثبت اذا كان المال مستهلكا فليس لازما للقطع مطلقا مع أنه مهدر فى اعتبار الشرع بدليل الاجماع على أن يقطع بخصومة الاب والوصى بسرقة مال اليتيم وان لزمه سقوط الضمان فكان تعليله بذلك مردودا بدلالة الاجماع وقوله (ولا معتبر بشبهة موهومة) جواب عن مقدر هو أن يقال احتمال اقرار المالك له أى اعترافه بأنها له واذنه اذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعتراضها عند حضوره ولا عبرة بمثلها بل المعتبر شبهة ثابت توهمها فى الحال لا على تقدير منتف فى الحال ألا يرى أن القطع يستوفى بالاقرار وان توهم اعتراض رجوعه وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع يقطع وان كان لو حضر المستودع قال كان ضيفى أو أذنت له فى الدخول فى بيتى ولا يخفى أن لا فرق بين هذه الشبهة والشبهة التى ذكرها بعضهم فى اشتراط حضور المسروق منه للخصومة من احتمال اباحة المالك المسروق للمسلمين ونحوه فانه جاز أنه اذا حضر قال كنت أبحته للمسلمين أو لطائفة السارق منهم كما جاز أن يقر له به سرا فاذا كانت هذه شبهة موهومة لا تعتبر فكذلك تلك وان اعتبرت تلك بسبب قيام احتمالها فى نفس الامر لا على تقدير حضوره المنتفى فى الحال فهذه كذلك لان احتمال كون المالك كان أذن له أو أنه مقر له به قائم فى الحال

(تفويت الصيانة) لان المال مضمون على السارق فلو استوفى القطع سقط الضمان فيكون فيه تضييع لا صيانة وهم مأمورون بالحفظ والصيانة (ولنا ان السرقة موجبة للقطع فى نفسها) وهذا ظاهر (و) السرقة (قد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا) أى غير ضرورية فالموجب للقطع قد ظهر عند القاضى بحجة شرعية فيترتب عليه القطع وانما قال ان الخصومة غير ضرورية (لان الاعتبار لحاجتهم الى استرداد اليد) وهم فى ذلك كالمالك لان اعتبار خصومة المالك لحاجته الى اظهار السرقة لاعادة اليد على المحل تحصيلا للاغراض المتعلقة باليد وهذا المعنى موجود فى هؤلاء أما المستأجر والمستعير فلاحتياجهما الى الانتفاع بالمحل وأما المرتهن والمودع فللرد الى المالك تخليصا للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ واذا ثبت أن الخصومة مطلقة اندفع ما قال زفر انها ضرورة الحفظ فلا تظهر فى حق القطع وقوله (والمقصود من الخصومة) أى مقصود صاحب اليد (احياء حق المالك وسقوط) الضمان بسقوط (العصمة) من ضرورة القطع فكان ضمنيا والضمنى غير معتبر وهذا جواب عن قول زفر لان فيه تفويت الصيانة وقوله (ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض) جواب سؤال مقدر تقديره أن يقال ينبغى أن لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما مر فى مسئلة قبيل هذا لاحتمال أنه لو حضر أقر للسارق بالمسروق وتوجيه الجواب هذه شبهة موهومة الاعتراض فلا تعتبر (كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن) فان فيه شبهة موهومة أيضا وهو ان يحضر المؤتمن ويقول انه كان ضيفا عندى فى الوقت الذى سرق ذلك ومع ذلك لم يشترط حضور المؤتمن بل يقطع بخصومة المالك

(فى ظاهر الرواية) وقيد بظاهر الرواية احترازا عن رواية ابن سماعة عن محمد أن المالك ليس له ان يقطعه حال غيبة المودع لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذى كان عنده فلم يجز أن يطالب بذلك غيره فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة و بين ما اذا أقر السارق بالسرقة فى غيبة المالك حيث لا يقطع مالم يحضر مع أن العلة المذكورة وهو قوله ان السرقة موجبة للقطع فى نفسها وقد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية وهى الاقرار موجودة وشبهة الاذن بالدخول فى الحرز أو الاقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لا يقطع أجيب بأن الفرق من حيث ان ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم تؤثر الشبهة فى دفع العلة عن مقتضاها لقوتها بخلاف صورة الاقرار فانها لم تكن كذلك قال (وان قطع سارق بسرقة) المسروق اذا سرق من السارق فاما ان يكون قبل ان قطع يده أو بعده فان كان الثانى لم يكن له أى للسارق ولا للمالك ان يقطع يد السارق الثانى أما السارق فلوجهين أحدهما (ان المال غير متقوم فى حقه حتى لا يجب الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة فى نفسها) والثانى ان يده لم تبق من الايدى التى ذكرناها من ملك وضمان ووديعة وخصومة من هذه صفته لا تعتبر فى القطع وأما المالك فللوجه الأول وقوله (وللاول) أى السارق الاول (ولاية الخصومه فى الاسترداد فى رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه) وليس له ذلك فى رواية أخرى لان يده ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة عبارة عن أن تكون يد ملك أو ضمان أو أمانة ولم يوجد ذلك وان كان الاول يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم كان لضرورة القطع وكذا خروج يده عن كونها يد ضمان كان لذلك وقد انتفى ذلك فصار كالغاصب والدرء بالشبهة لعدم القطع ههنا ولهذا قرن المصنف بينهما (ومن سرق سرقة فردها على المالك) فاما ان يردها (قبل الارتفاع الى الحاكم) أو بعده فان كان الاول لم يقطع فى ظاهر الرواية

فى ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن فى دخول الحرز ثابتة (وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثانى) لان المال غير متقوم فى حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة فى نفسها وللاول ولاية الخصومة فى الاسترداد فى رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه (ولو سرق الثانى قبل أن يقطع الاول أو بعد ما درئ الحد بشبهة يقطع بخصومة الاول) لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب (ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع) الى الحاكم (لم يقطع)

الحال وقوله (فى ظاهر الرواية) احتراز عما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال ليس للمالك أن يقطعه حال غيبة المستودع (قوله وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب المال أن يقطع السارق الثانى) وبه قال أحمد والشافعى فى قول وقال مالك والشافعى فى قول يقطع بخصومة المالك لانه سرق نصابا من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخصومة مالكه سواء قطع السارق الاول أولا ولنا أن المال لما لم يجب على السارق ضمانه كان ساقط التقوم فى حقه وكذا فى حق المالك لعدم وجوب الضمان له فيد السارق الاول ليست يد ضمان ولا يد أمانة ولا يد ملك فكان المسروق مالا غير معصوم فلا قطع فيه وروى فى نوادر هشام عن محمد إن قطعت الاول لم أقطع الثانى وإن درأت القطع عن الاول لشبهة قطعت الثانى ومثله فى الاملاء لابى يوسف وأطلق الكرخى والطحاوى عدم قطع السارق من السارق وهو قول أحمد لان يده ليست يد أمانة ولا يد ملك فكان ضائعا ولا قطع فى أخذ مال ضائع فلنا بقى أن يكون يد غصب والسارق منه يقطع فالحق التفصيل المذكور (وللاول ولاية الخصومة فى الاسترداد فى رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه) وفى رواية أخرى ليس له ذلك لان يده ليست يد ضمان ولا أمانة ولا ملك والرد منه ليس بأولى منه الى المالك والوجه أنه اذا ظهر هذا الحال عند القاضى لا يرده الى الاول ولا الى الثانى اذا رده لظهور خيانة كل منهما بل يرده من يد الثانى الى المالك ان كان حاضرا والا حفظه كما يحفظ أموال الغيب (ولو سرق الثانى قبل أن يقطع الاول أو بعد ما درئ عنه القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار) يده (كـ) يد (الغاصب) (قوله ومن سرق سرقة فردها الى المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن أبى يوسف أنه يقطع اعتبارا بما اذا ردها بعد المرافعة وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة) التى هى الموجب للقطع فكانت شرطا فى القطع والخصومة لا تتحقق بعد الرد لانها أعنى الخصومة الموجبة لا تتم الا باقامة البينة وهى (انما جعلت حجة لقطع المنازعة وقد انقطعت) المنازعة بالرد (بخلاف ما بعد المرافعة) أى بخلاف ما لو ردها بعد المرافعة وسماع البينة والقضاء فانه يقطع وكذا بعد سماعها قبل القضاء استحسانا لظهور السرقة عند القاضى بالشهادة بعد خصومة معتبرة واذا رد المال للخصومة حصل مقصودها و بحصول المقصود من الشئ ينتهى و بالانتهاء يتقرر فى نفسه فكانت الخصومة قائمة لقيام يده على المال فيقطع بعد رده ولا فرق فى عدم

(قوله أجيب بان الفرق من حيث ان ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة) أقول قد مر فى ظهر هذه الصحيفة ان الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الاقرار والاقرار له بالملك بعد أداء الشهادة فتأمل هل يندفع ذلك الاحتمال الان دون أن يحضر المالك

(وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة) بجامع أن القطع حق الله فلا يحتاج فيه الى الخصومة فكان ما قبل الارتفاع وما بعده سواء (وجه ظاهر الرواية أن الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة) يعني أن السرقة تظهر بالبينة والبينة حجة ضرورة قطع الخصومة وقطع الخصومة بدونها غير متصور فثبت أن الخصومة شرط لظهور السرقة (والخصومة قد انقطعت) بالرد الى المالك فشرط ظهور السرقة قد انقطع واذا انقطع شرط ظهورها انقطع ظهورها ولا قطع بدون ظهورها وان كان الثاني قطع لان الشرط لم ينقطع بل انتهى بحصول المقصود منه وهو استرداد المال الى المالك والشئ يتقرر بانتهائه لانه يبطل كالنكاح يتقرر بالموت لا أنه يبطل لكنها أعني الخصومة تجعل باقية تقديرا لاستيفاء القطع والرد الى ابن المسروق منه والى أخيه وعمه وخاله وهم

في عياله وكذا الى امرأته أو أجيره مشاهرة أو عبده وكذا الرد الى أبيه أو أمه أو جده سواء كانوا في عياله أو لم يكونوا كالرد الى نفسه استحسانا (واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبه المالك) وسلمه اياه (أو باعه اياه لم يقطع) وانما فسر المصنف كلام الجامع الصغير بقوله معناه اذا سلمت لان الهبة اذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا تثبت الملك (وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن أبي يوسف قالوا لان السرقة قد تمت انعقادا) باخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه اذ وضع المسئلة في ذلك (وظهورا) لان الفرض انه قضى عليه بالقطع ولا يكون ذلك الا بعد ظهورها (وبهذا العارض) يعني ثبوت الملك للسارق بسبب الهبة أو البيع (لم يتبين قيام الملك وقت السرقة)

وعن أبي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا (واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع) معناه اذا سلمت اليه (وكذلك اذا باعها المالك اياه) وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا أن الامضاء من القضاء في هذا الباب

القطع بين أن يرد قبل الخصومة الى يد المالك أو يد أبيه أو أمه أو جده أو جدته وان لم يكونوا في عياله ولذا يبرأ المستعير والمودع بالرد اليهم لان لهم شبهة ملك في ماله فالرد اليهم رد اليه حكما وذلك كاف في الرد اليه بخلاف ما لو رد الى ابنه وذوي رحمه المحرمة كأخيه وعمه وخاله ان كانوا في عياله يبرأ فلا يقطع كما لو رده الى زوجته أو عبده أو مكاتبه أو أجير مشاهرة وهو الذي يسمى غلامه أو مسانهة يبرأ في هؤلاء كلهم فلا يقطع ولو سرق من المكاتب ورده الى سيده أو من العيال ورده الى من يعولهم أي سرق من شخص ورده الى من يعول المسروق منه يبرأ ولا يقطع ويبرأ المستعير والمودع برد الوديعة الى من يعول المودع وأما الغاصب فلا يبرأ بالرد الى الاب والام ولا الى ولده وأقاربه المحرمة الذين في عياله ولا الى الزوجة ومن ذكرنا معها (قوله واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبها له المالك) وسلمها اليه أو باعها منه (لا يقطع وقال زفر والشافعي) وأحمد ومالك (يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا) بفعلها بلا شبهة (وظهورا) عند الحاكم وقضى عليه بالقطع ولا شبهة في السرقة الا لو صح اعتبار عارض الملك المتأخر متقدما ليثبت اعتباره (وقت السرقة) ولا موجب لذلك فلا يصح (فلا شبهة) فيقطع ومما ينفي صحة ذلك الاعتبار ما في حديث صفوان أنه قال يا رسول الله لم أرد هذا ردائي عليه صدقة فقال عليه الصلاة والسلام فهلا قبل أن تأتيني به رواه أبو داود وابن ماجه زاد النسائي في روايته فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا بخلاف ما لو أقر له بالسرقة بعد القضاء فانه لا يقطع لان بالاقرار يظهر الملك السابق فينتفي القطع (قوله ولنا أن الامضاء) يعني استيفاء الحد بالفعل (من القضاء في باب الحدود) فما قبل الاستيفاء كما قبل القضاء ولو ملكه قبل القضاء لا يقطع فكذا قبل الاستيفاء والشأن في بيان ان الاستيفاء من القضاء أو هو القضاء في هذا الباب (٢) وقد بيناه في حد الزنا الا ان المصنف لما كان هذا

لان ثبوت الملك بهما انما يكون على وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة والبيع وهذا احتراز هنا عما اذا أقر به المسروق منه للسارق فان الاقرار يظهر ما كان ثابتا للمقر له من الملك فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فيكون شبهة (ولنا أن الامضاء من القضاء) يعني أن استيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت أو قضيت بالقطع أو بالرجم أو بالحد (في هذا الباب) يعني باب الحدود

قال المصنف (انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة) أقول فان قيل إن أريد أنها جعلت حجة لتلك الضرورة في حقوق العباد فسلم ولا يفيد لان القطع من حقوق الله وان أريد في جميع الحقوق فغير مسلم وهو ظاهر قلنا المراد هو الاول لكن ثبوت حق الله هنا يكون في ضمن حق العبد في المسروق ولهذا لو شهد شاهدان على رجل بالسرقة والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع السارق صرح به الزيلعي فتأمل

(لوقوع الاستغناء عنه) أى عن القضاء (بالاستيفاء) يعنى أن القضاء فى هذا الباب لا يغنى غناء أى لا يفيد فائدته الا بالاستيفاء (لان القضاء للاظهار) ولا اظهار هاهنا (لان القطع حق الله وهو ظاهر عنده) فلو لم يجعل الاستيفاء قضاء فى هذا الباب لعرى عن الفائدة بالكلية وهو باطل بخلاف حقوق العباد فان القضاء فيها يفيد اظهار الحق للطالب على المطلوب فلا حاجة الى جعل الامضاء من تتمة القضاء وهذا فقه تفويض استيفاء الحدود الى الائمة دون سائر الحقوق (واذا كان كذلك) أى اذا كان الامضاء من القضاء (يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء) كما يشترط وقت ابتداء القاضى القضاء وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لان ما يكون شرطا لوجوب القضاء يراعى وجوده الى وقت الاستيفاء لان المعترض قبل الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق فى الشهود فان الحدود لا تستوفى اذا كانت الشهود على هذه الاوصاف وقت الاستيفاء بالاجماع (٢٥٧) ذكره فى الاسرار (وقوله وصار كما اذا ملكها قبل القضاء) يعنى صار الملك الحادث بعد القضاء قبل الاستيفاء كالملك الحادث قبل القضاء لانه لما لم يمض فكأنه لم يقض ولقائل أن يقول جعلتم الخصومة باقية تقديرا فى صورة رد المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم يكن الاستيفاء ثمة من القضاء حتى أوجبتم القطع وههنا جعلتم الاستيفاء من القضاء فى باب الحد وجعلتم البيع والهبة دافعا لوجوب الحد وما ذلك الا تناقض صرف والجواب ان الاستيفاء من القضاء فى باب الحدود مطلقا لكن فى صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالاخذ وههنا حدث بينهما تصرف موضوع لافادة الملك وكان شبهة فى درء الحد قال (وكذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب) هذا معطوف على قوله فوهبت له وقوله (يعنى قبل الاستيفاء بعد القضاء) بيان لذلك لان الكلام فى المعطوف عليه كان على ذلك التقدير وقوله (اعتبارا بالنقصان فى العين) يعنى بان هلك درهم من العشرة أو استهلكه وهذا بناء على أن المعتبر فى قيمة المسروق أن يكون يوم السرقة ويوم القطع عشرة دراهم فان نقص عن ذلك قبل القطع فى العين لم يمنع عن الاستيفاء بالاتفاق وان كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عند محمد فى غير ظاهر الرواية اعتبارا بالاول بجامع وجود سرقة النصاب فيهما ووجه الظاهر (ان كمال النصاب لما كان شرطا) فى الابتداء (يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا) أن الامضاء من القضاء والفرق بينه وبين النقصان فى العين (أن النقصان فى العين مضمون عليه) أى على السارق والضمان قائم مقام المضمون فكان النصاب كاملا عينا وقت الاخذ ودينا وقت الاستيفاء (كما اذا استهلك كله أما نقصان السعر فغير مضمون) فكان النصاب ناقصا عند القطع فصار شبهة

(٣٣ - فتح القدير رابع)

لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء قال (وكذا اذا نقصت قيمتها من النصاب) يعنى قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد أنه يقطع وهو قول زفر والشافعى اعتبارا بالنقصان فى العين ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان فى العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلك كله أما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا

هذا من مقدمات دليله ولم يبينه هو من قبل بينه بقوله (لوقوع الاستغناء عنه) أى عن القضاء (بالاستيفاء) حتى لو لم يقض بعد تعديل البينة باللفظ بل أمر بالاستيفاء أو استوفى هو الحد بنفسه سقط عنه القضاء وهذا لان المقصود من القضاء باللفظ ليس الا اظهار الحق للمستحق والمستحق هنا هو الله عز وجل والحق ظاهر عنده غير مفتقر الى الاظهار فلا حاجة الى القضاء لفظا بل ولا يفيده سقوط الواجب عنه الا بالاستيفاء (واذا كان كذلك) والخصومة شرط (يشترط قيامها عند الاستيفاء) كما عند القضاء وهى منتفية بالهبة بخلاف رده المال المسروق بعد القضاء بالقطع لان به تنتهى الخصومة والشئ بانتهائه يتقرر فتكون الخصومة بعده متقررة فيقطع وأما الحديث ففى رواية كما ذكر وفى رواية الحاكم فى المستدرك قال أنا أبيعه وأنسئه ثمنه وسكت عليه وفى كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله ما كنت أريد هذا أو قوله أيقطع رجل من العرب فى ثلاثين درهما ولم يثبت أنه سلمه اليه فى الهبة ثم الواقعة واحدة فكان فى هذه الزيادة اضطراب والاضطراب موجب للضعف ويحتمل كون قوله هو صدقة عليه كان بعد الدفع اليه وفى ذلك لا يكون ملكا له قبل القبض (قوله وكذلك اذا نقصت قيمتها) أى قيمة السرقة أى العين المسروقة بعد القضاء قبل الاستيفاء عن العشرة لا يقطع فى ظاهر المذهب (وعن محمد يقطع وهو قول زفر) وباقى الائمة الثلاثة (اعتبارا بالنقصان فى العين) فانه اذا كانت ذات العين ناقصة وقت الاستيفاء والباقى منها لا يساوى عشرة يقطع بالاتفاق فكذا اذا كانت قيمتها وقت الاستيفاء كذلك (ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط كماله عند الامضاء لما ذكرنا) أنه من القضاء وهو منتف فى نقصان القيمة (بخلاف نقصان العين لان ما استهلكه مضمون عليه) فكان الثابت عند القطع نصابا كاملا بعضه دين وبعضه عين بخلاف نقصان السعر فانه لا يضمنه لانه يكون لفتور الرغبات وذا لا يكون مضمونا على أحد فلم تكن العين قائمة حقيقة ومعنى فلم يقطع كذا فى النهاية وصار كما لو كان السارق استهلكه

فاقترقا (واذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم البينة) وفسره المصنف بقوله (معناه بعد ماشهد الشاهدان بالسرقة) وانما فسره بذلك احترازا عما اذا فعل ذلك بعد الاقرار بالسرقة فانه يسقط القطع بالاتفاق (وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لافضائه الى سد باب الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك ولنا ان الشبهة دارئة و) الشبهة (تتحقق بمجرد الدعوى) لاحتمال الصدق (ولا معتبر بما قال) انه لا يعجز عنه سارق (بدليل أن الرجوع عن الاقرار بالسرقة صحيح) ومامن مقر الا ويتمكن من الرجوع وكان ذلك معتبرا في ايراث الشبهة فكذا هذا وفيه نظر لان الاقرار حجة قاصرة والبينة حجة كاملة لما عرف ولا يلزم

أن يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة مورثا لها في الكاملة والجواب أن الكمال والقصور انما هو بالنسبة الى التعدي الى الغير وعدمه وليس كلامنا فيه وأما بالنسبة الى المقر فهما سواء (قوله واذا أقر الرجلان بسرقة) مبناه على صحة الرجوع وقوله (لان الرجوع عامل في حق الراجع) يعني لعدم المكذب (ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة) فيكون فعلا واحدا (قوله لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة) يعني وهي دارئة للحد عن نفسه وعن الحاضر فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وهو لا يجوز (وجه القول الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب) لان القضاء على الغائب لا يجوز وكان الغائب في هذه الشهادة كانه معدوم (والمعدوم لا يورث الشبهة) في حق الموجود وهذا لأن الشبهة هي المحققة الموجودة لا الموهومة (على ما مر) يريد قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض قال (واذا أقر

(واذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة) معناه بعد ماشهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا أن الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار (واذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا) لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة (فان سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما) وكان يقول أولا لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر (واذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع وترد السرقة الى المسروق منه)

كله فانه يقطع به لقيامه اذ ذاك ثم يسقط ضمانه (قوله واذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة) قال المصنف (معناه بعد ماشهد عليه الشاهدان بالسرقة) وانما فسر به ليخرج ما اذا أقر بالسرقة ثم رجع فقال لم أسرق بل هو ملكي فانه لا يقطع بالاجماع ولكن يلزمه المال (وقال الشافعي لا يسقط بمجرد دعواه) وهو أحد الوجهين كذا ذكره بعض أصحابه وهو رواية عن أحمد لان سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي الى سد باب الحد اذ لا يعجز سارق عن هذا ونقل عنه أنه لا يقطع قيل هو نص الشافعي وعن أحمد رواية أنه ان كان معروفا بالسرقة قطع لانه يعلم كذبه بدلالة الحال قال ابن قدامة وأولى الروايات انه لا يقطع بكل حال لان الحد يدرأ بالشبهات وهي احتمال صدقه قال المصنف (ولا معتبر بما قال) من انه يفضي الى سد باب الحد (بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار) اجماعا والسارق لا يعجز عن ذلك مع انه يعتبر رجوعه شبهة دارئة اذا رجع على انه ممنوع فان من يعلم هذا من السراق أقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون غالبا (قوله واذا أقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع منهما و يورث الشبهة في حق الآخر لان السرقة ثبتت باقرارهما على الشركة) فتتحد فتعمل الشبهة فيهما (قوله فان سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر) الحاضر منهما (في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما) وقول الائمة الثلاثة (وكان يقول أولا لا يقطع لانه ان حضر) الغائب (ربما يدعي شبهة) والسرقة واحدة فتعمل في حقهما (وجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما) فانما عملت الشهادة في حق الحاضر فقط (ولا معتبر بتوهم حدوث شبهة على ما مر) في خلافية زفر في القطع بخصومة الغاصب والمودع ثم لو حضر الغائب لا يقطع الا أن تعاد تلك البينة عليه أو تثبت بينة أخرى وكذا اذا أقر بسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قوله الاول و يقطع في قوله الآخر وهو قول باقي الائمة (قوله واذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها) حاصل وجوه هذه المسئلة أربعة لان العبد المقر بالسرقة إما مأذون له

العبد المحجور عليه بسرقة مال) اذا أقر العبد بسرقة فاما ان يكون مأذونا له أو محجورا عليه وكل منهما على وجهين اما أن يكون المال قائما بعينه أو مستهلكا وكل من ذلك على وجهين اما ان كذبه المولى أو صدقه فان صدقه يقطع في الفصول كلها لوجود المقتضى وانتفاء المانع وان كذبه وهو مأذون له قطعت يده عند العلماء الثلاثة سواء كان الاقرار بمال قائم أو مستهلك و يرد القائم على المسروق منه

قال المصنف (بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار) أقول يفهم مما ذكره هنا أن صحة الرجوع بعد الاقرار في الحدود متفق عليه بيننا وبين الشافعي وقد صرح بخلافه في أوائل كتاب الحدود لكن التعويل على ما يفهم هنا وهو المصرح به في كتبهم

وان كان محجورا عليه فان أقر بمال مستهلك قطعت يده عند الثلاثة وان أقر بمال قائم بعينه فى يده قال أبو حنيفة تقطع يده ويرد المال الى المسروق منه وقال أبو يوسف تقطع يده والمال للمولى وقال محمد لا تقطع يده والمال للمولى حكى عن الطحاوى انه قال سمعت أستاذى ابن أبى عمران يقول الاقاويل الثلاثة كلها عن أبى حنيفة فقوله الاول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف فأخذ به أبو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه وأصل ذلك ان القطع أصل أو المال قال أبو حنيفة القطع

أصل والمال تابع بدليل أنه يبطل بالتقادم وبدليل انه لو قال أبغى المال ولا أبغى القطع لم يسقط القطع وقال أبو يوسف كل منهما أصل أما أصالة القطع فيما قالوا فى الحر اذا أقر وقال سرقت هذا المال من زيد وهو فى يد عمرو وكذبه عمرو يصح اقراره فى حق القطع دون المال وأما أصالة المال فلأنه اذا سرق مادون العشرة لا يقطع والخصومة شرط ولولا أن المال أصل لوجب القطع بدونها لانه محض حق الله تعالى وهو يستوفى بلا طلب وقال محمد المال أصل والقطع تبع ووجهه وجه أبى يوسف فى أصالة المال واذا ثبت هذا ظهر ما فى الكتاب سوى ألفاظ نبينها فقوله (فى الوجهين) يعنى فيما اذا كان المال قائما بعينه أو مستهلكا وقوله (فى الوجوه كلها) أى فيما اذا كان العبد محجورا عليه أو مأذونا له وفيما اذا كان المال قائما بعينه أو مستهلكا وقوله (لانه يرد على نفسه) يعنى فيما اذا أقر بقتل الغير عمدا (أو طرفه) يعنى فيما اذا أقر بالسرقة وقوله (يؤاخذ بالضمان) يعنى فى المستهلك

وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يقطع والعشرة للمولى وقال محمد لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر ومعناه اذا كذبه المولى (ولو أقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد مأذونا له يقطع فى الوجهين) وقال زفر لا يقطع فى الوجوه كلها لان الاصل عنده أن اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا أن المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال أيضا ونحن نقول يصح اقراره من حيث إنه آدمى ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولأنه لا تهمة فى هذا الاقرار

له أو محجور عليه وفى كل منهما إما أن يقر بسرقة مستهلكة أو قائمة فالمأذون له اذا أقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة ولا ضمان مع القطع وقال زفر لا يقطع ولكن يضمن المال وان أقر بسرقة قائمة قطع عند الثلاثة وهذا قول المصنف (ولو كان مأذونا قطع فى الوجهين) ويرد المال للمقر له سواء صدقه المولى أو كذبه وقال زفر لا يقطع ولكن يرد المال وان كان العبد محجورا فان أقر بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة وقال زفر لا يقطع وان أقر بسرقة قائمة فقال زفر لا يقطع فظهر أن قول زفر لا يقطع فى شئ وهو ما ذكره المصنف بقوله (وقال زفر لا يقطع فى الوجوه كلها) أى فيما اذا كان العبد محجورا والاقرار بهالكة أو قائمة أو مأذونا والاقرار بهالكة أو قائمة واختلف علماؤنا الثلاثة فى هذا أعنى اقرار المحجور بقائمة فى يده فقال أبو حنيفة يقطع وترد لمن أقر له بسرقتها منه وقال أبو يوسف يقطع والسرقة لمولاه وقال محمد لا يقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثله أو قيمته بعد العتاق للمقر له وقال الطحاوى سمعت أستاذى ابن أبى عمران يقول الاقوال الثلاثة كلها عن أبى حنيفة فقوله الاول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه فهو نظير مسئلة الحملان فى الزكاة ومعنى المسئلة اذا كذبه المولى فى اقراره وقال المال مالى أما اذا صدقه فلا اشكال فى القطع ورد المال للمقر له بها اتفاقا هذا كله اذا كان العبد كبيرا وقت الاقرار فان كان صغيرا فلا قطع عليه أصلا وهو ظاهر غير أنه ان كان مأذونا يرد المال الى المسروق منه ان كان قائما وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا فان صدقه المولى يرد المال الى المسروق منه ان كان قائما ولا ضمان عليه ان كان هالكا ولا بعد العتق وقدم المصنف الكلام مع زفر فقال (ان الاصل عنده أن اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لان اقراره بها (يرد) أثره (على نفسه أو طرفه) بالاتلاف (وكل ذلك مال المولى) فالاقرار به اقرار على مال الغير (والاقرار على الغير غير مقبول الا أن المأذون له) لما تضمن اقراره الاقرار بالمال والطرف وبطل فى الطرف (يؤاخذ) بالمال (بضمانه) ان كان هالكا ويرده ان كان قائما لصحة اقراره بالمال لكونه مسلطا على الاقرار به من جهة المولى) حيث أذن له فى المعاملات (ونحن نقول الاقرار بها منه صحيح لان أثر الاقرار بها يرجع اليه من حيث هو آدمى) لا من حيث هو مال وما كان كذلك كان داخلا تحت ملكه ألا يرى أن المولى لا يملكه عليه وما لا يملكه المولى عليه كان مبقى فيه على أصل الآدمية فيملكه هو كالطلاق (ولأنه لا تهمة فى هذا الاقرار) ليبطل فى حق السيد لان ضرره الراجع اليه به فوق

وقوله (والمال) يعنى اذا كان قائما فى يده وقوله (من حيث انه آدمى) يشير الى أن وجوب الحد باعتبار أنه آدمى مخاطب لا باعتبار أنه مال مملوك والعبد فى ذلك كالحر فاقراره فيما يرجع الى استحقاق الحر كاقرار الحر ولهذا لا يملك المولى الاقرار عليه بذلك وما لا يملك المولى الاقرار به على عبده فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كالطلاق وقوله (ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث إنه مال) يعنى لما صح اقراره من حيث إنه آدمى يصح من حيث انه مال أيضا بالسراية اليها لان آدميته لا تنفك عن ماليته

(قوله بدليل انه يبطل بالتقادم) أقول فيه بحث (قوله وبدليل انه لو قال أبغى المال الخ) أقول فيه بحث قال المصنف (ومعناه) أقول قال الاتقانى أى معنى الاختلاف اهـ وفيه تأمل

وقوله (لما يشتمل عليه) أى على العبد (من الاضرار) لان مايلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق مايلحق المولى (ومثله مقبول على الغير) أى ومثل ما كان ضرر الاقرار فيه ساريا الى المقر والى الغير يسمع على الغير أيضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب فى ذلك الاقرار كما اذا شهد الواحد عند الامام برؤية هلال رمضان وفى السماء علة يقبل الامام شهادته وان لم يقبلها فى سائر المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره وكذلك الحر المديون المفلس اذا أقر بالقتل العمد فانه يقتص منه بالاجماع وان كان فيه ابطال دون الغرماء وقوله (ولاقطع على العبد فى سرقته) أى فى سرقة مال مولاه وقوله

لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير ولمحمد فى المحجور عليه أن اقراره بالمال باطل ولهذا لايصح منه الاقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد فى سرقة مال المولى يؤيده أن المال أصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع و يثبت المال دونه وفى عكسه لاتسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل فى التبع بخلاف المأذون لان اقراره بالمال الذى فى يده صحيح فيصح فى حق القطع تبعا ولابى يوسف أنه أقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ماذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح فى حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر الثوب الذى فى يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبى يقطع يد المقر وان كان لا يصدق فى تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابى حنيفة أن الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه

ضرر الراجع به الى المولى لانه يفوت عليه نفسه أو طرفه وما كان كذلك ينفذ على الغير كما اذا شهد العبد العدل برؤية هلال رمضان و بالسماء علة فانه يقبل حتى يلزم جميع الناس صومه لان مالزمهم من ذلك فرع لزومه مثله فنفذ فى حقهم تبعا لنفاذه عليه وكذا لو أقر المفلس بعمد القتل يقتل اجماعا وان كان فيه إبطال دين الناس و (لمحمد فى المحجور عليه أن اقراره بالمال باطل ولذا لايصح اقراره بالغصب فيبقى مافى يده مال المولى) اذ الفرض تكذيب المولى له فى اقراره فقد أقر بسرقة مال المولى و بسرقة مال المولى لا يقطع وبهذا القدر يتم الوجه وقوله بعده يؤيده الخ زيادة توكيد أى يؤكد ماذكرنا من عدم القطع (أن المال) فى لزوم القطع (أصل والقطع تابع) والتابع من حيث هو لا يتحقق دون متبوعه بحيث لم يجب المال للغير لايجب القطع وبيان أن المال أصل أن الخصومة تسمع فى السرقة فى حق المال حتى لو قال أريد المال فقط سمعت ولا يسقط القطع (و) اذا (يثبت المال) فى دعوى السرقة بلا قطع فيما لو ادعاها وأقام رجلا وامرأتين شهدوا بها فانه يقضى بالمال (دون القطع) وكذا اذا أقر بالسرقة ثم رجع يلزمه المال ولا قطع (وفى عكسه لاتسمع) حتى لو قال المسروق منه أريد القطع دون المال لاتسمع خصومته فانما يصح فى حق القطع تبعا للمال وقد انتفى المال بما قلنا فانتفى القطع (ولابى يوسف انه أقر بشيئين) أى أقر بما أوجب شيئين (القطع وهو) اقرار (على نفسه) فيقطع (على ماذكرنا) مع زفر من وجه صحة اقراره بالحدود والقصاص (والمال وهو) اقرار (على المولى) وهو يكذبه (فلا يصح فى حق المولى والقطع يستحق بدون المال) كما اذا أقر بسرقة مستهلكة فانه يقطع ولا يلزمه المال (وكما لو قال حر هذا الثوب الذى فى يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبى يقطع) ولا ينزع الثوب من زيد الى عمرو فيقطع والمال للمولى (ولابى حنيفة ان الاقرار فى حق القطع قد صح منه لما بينا) فى الكلام مع زفر من انه آدمى الى آخره و يلزمه صحته بالمال أنه لغير المولى لاستحالة أن يجب القطع شرعا بمال مسروق للمولى والحاصل انه اذا صح الاقرار بالحد ثبت حكمه وهو القطع وهو ملزوم بحكم الشرع

(يؤيده أن المال أصل فيها) اشارة الى مامهدنا من الاصل وقوله (حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع) مثل أن يقول أطلب منه المال دون القطع (و يثبت المال دونه) كما اذا شهد رجل وامرأتان أو أقر بالسرقة ثم رجع فانه يضمن المال ولا يقطع (وفى عكسه) بأن قال أطلب القطع دون المال (لاتسمع) الخصومة (ولا يثبت) القطع دون المال وقوله (فلا يصح فى حقه فيه) أى فلا يصح اقرار العبد فى حق المولى فى المال وقوله (والقطع يستحق بدونه) أى بدون المال لان أحد الحكمين ينفصل عن الآخر ألا ترى أنه قد يثبت المال دون القطع كما اذا شهد به رجل وامرأتان وكذا يجوز أن يثبت القطع دون المال كما اذا أقر بسرقة مال مستهلك قوله (لما بينا) اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمى وقوله بكون

(فيصح بالمال بناء عليه) أى لما صح اقراره بالقطع باعتبار أنه آدمى مكلف صح اقراره بالمال أنه لغير المولى بناء على صحة اقراره بالقطع لما مهدناه من أصله

(قوله حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع) أقول أى بدون الخصومة فى القطع وان لم يسقط القطع كما مر

لان الاقرار يلاقى حالة البقاء والمال فى حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر لان القطع انما يجب بالسرقة من المودع أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع فى الفصول كلها لزوال المانع قال (واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه (وان كانت مستهلكة لم يضمن) وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة وهو المشهور وروى الحسن عنه أنه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعى يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه والضمان حق العبد وسببه أخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك فى الحرم أو شرب خمر مملوكة لذمى

يكون المال للمقر له اذ لا قطع بمال السيد والى هنا يتم الوجه وقوله (لان الاقرار يلاقى حالة البقاء والمال فى حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه) زيادة لا تظهر الحاجة اليها وقوله (بخلاف مسئلة الحر) يريد الزام أبى يوسف بما اذا قال الحر الثوب الذى فى يد زيد سرقته من عمرو يقطع به ولا يدفع لعمرو فكذا جاز أن يقطع بما أقربه من مال الاجنبى ولا يدفع اليه فقال فرق بينهما فان القطع فى المسئلة المذكورة محمول على صحة اقراره به لعمرو وانه وديعة عند زيد أو غصب وادعاء زيد أن الثوب له جاز كونه انكارا للوديعة غير أن المقر ليس خصما له فى ذلك والقطع بسرقة ثوب مودع أو مغصوب ثابت بخلاف ما نحن فيه فانا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى أو مغصوبا عند المقر له لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع (قوله واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك) لانه لما لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جناية ثانية فلأن لا يضمن بالهلاك ولا جناية أخرى له فيه أولى (وهو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة وهو المشهور) وبه قال سفيان الثورى وعطاء والشعبى ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين (وروى الحسن عنه أنه يضمن فى الاستهلاك وقال الشافعى يضمن فيهما) أى فى الهلاك والاستهلاك وهو قول أحمد والحسن والنخعى والليث والبتى واسحق وحماد وقال مالك ان كان السارق موسرا ضمن وان كان معسرا لا ضمان عليه نظرا للجانبين ولا خلاف ان كان باقيا أنه يرد على المالك وكذا لو باعه أو وهبه يؤخذ من المشترى والموهوب له وهذا كله بعد القطع ولو قال المالك قبله أنا أضمنه لم يقطع عندنا فانه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة الى دعوى المال وجه قولهم عموم قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وعلى اليد ما أخذت حتى ترد ولانه أتلف مالا مملوكا عدوانا فيضمنه قياسا على الغصب والمانع انما هو منافاة بين حق القطع والضمان ولا منافاة لانهما حقان بسببين مختلفين أحدهما حق الله وهو النهى عن هذه الجناية الخاصة والآخر حق الضرر فيقطع حقا لله ويضمن حقا للعبد (وصار كاستهلاك صيد مملوك فى الحرم) يجب الجزاء حقا لله تعالى ويضمنه حقا للعبد (وكشرب خمر الذمى) على قولكم فانكم تحدونه حقا لله وتغرمونه قيمتها حقا

وقوله (لان الاقرار يلاقى حالة البقاء) يريد أن الاقرار بالشئ اظهار أمر قد كان فلابد من وجود المخبر به سابقا على الاخبار وقوله (حتى تسقط) بالرفع لان حتى بمعنى الفاء قوله (باعتباره) أى باعتبار القطع لما يجىء من أصلنا أن القطع لا يجتمع مع الضمان ثم سقوط العصمة والتقوم فى حق السارق يدل على ان المال تابع لانه لو كان أصلا لما تغير حاله من التقوم الى غيره لان مقصوديته انما تكون بالتقوم وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال يدل على ذلك اذ لا وجود للتابع مع عدم (٢٦١) وجود الاصل وقوله (بخلاف مسئلة الحر) جواب عما استشهد به أبو يوسف بقوله اذا قال الحر الثوب الذى فى يد زيد الخ وبيانه أن الحر لما لم يسمع قوله سرقته من عمرو فى حق الرد الى عمرو ولا يلزمه عدم القطع بل يقطع لانه يجعل المقر له وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يوجب رد المال اليه لما مر أن السارق اذا سرق المال من المودع يقطع بخصومته وان لم يرد اليه المال وأما ههنا لو لم يرد المال الى المسروق منه لزم أن يكون ذلك المال مال المولى فحينئذ لا يجب القطع لان العبد اذا سرق مال المولى لا تقطع يده ثم اتفق أبو حنيفة وأبو يوسف على قطع يد العبد فقد جعلاه سارقا مال غير المولى فيرد الى الذى أقر بالسرقة منه (قوله ولو صدقه المولى) قدمناه فى أول البحث قال (واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده) كلامه واضح وقوله (كاستهلاك صيد مملوك فى الحرم) يعنى من حيث انه تجب قيمته للمالك وقيمة أخرى جزاء ارتكاب المحظور لله تعالى وقوله (أو شرب الخمر للذمى) يعنى على أصلكم فان ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عنده وان كان للذمى

قال المصنف (حتى تسقط عصمة المال باعتباره الخ) أقول معارض بما اذا أقر ثم رجع يثبت المال دون القطع وجوابه لا يخفى اذ لا بقاء اذا رجع قال المصنف (واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده) أقول لو أطلق عن قوله فى يده لكان أشمل قال صاحب البدائع والعلامة الكاكى ولو باع السارق المسروق من انسان أو ملكه منه بوجه من الوجوه فان كان قائما فلصاحبه أن يأخذه لانه عين ملكه وللمأخوذ منه أن يرجع على السارق بالثمن الذى دفعه لأن الرجوع بالثمن لا يوجب ضمانا على السارق فى عين المسروق لانه يرجع عليه بثمن المسروق لا بقيمته اهـ

(ولنا ماروى عبدالرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاغرم على السارق بعدما قطعت يمينه) لايقال هذا الحديث يدل على أن العين اذا كانت قائمة لاترد الى صاحبها الا ان ذلك لايسمى غرما وقوله (ومايؤدى الى انتفائه) انما كان مايؤدى الى انتفائه هو المنتفى لكونه ثابتا بالاجماع وقوله (اذلو بقى) يعنى معصوما حقا للعبد (لكان مباحا فى نفسه) لانه عرف بالاستقراء أن ماهو حرام حق العبد فهو مباح فى نفسه وكان المال للسارق حراما من وجه دون وجه (فينتفى القطع للشبهة) اذ الشبهة هو أن تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فحينئذ يدرأ بالحديث فاذا لم يبق معصوما حقا للعبد يصير محرما (حقا للشرع كالميتة ولاضمان فيه) وهذا معنى ماذكر فى المبسوط اذا صارت المالية لله تعالى فى هذا المحل لم يبق للعبد فالتحق فى حق العبد بما لاقيمة له ولكن هذا لايتقرر الا باستيفاء القطع لامايجب لله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الاخذ مراعى ان استوفى به القطع يتبين به أن حرمة المحل فى ذلك الفعل كانت لله تعالى فلا يجب ضمان العبد وان تعذر استيفاؤه تبين أن حرمة المالية والتقوم كان للعبد فيجب الضمان وقوله (الا ان العصمة) جواب سؤال تقديره العصمة لما انتقلت لله تعالى وصار المال المسروق كالميتة والخمر وجب أن لايجب الضمان عند الاستهلاك وقد روى الحسن عن أبى حنيفة وجوب الضمان فيه وتقرير الجواب أن سقوط العصمة انما كان ضرورة تحقق القطع وما ثبت بالضرورة يقتصر على محلها فلا يتعدى الى فعل آخر وهو الاستهلاك لانه لاضرورة فى حقه لانه ليس القطع ولا من لوازمه انما

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاغرم على السارق بعدما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافى القطع لانه يتملكه بأداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفى القطع للشبهة وما يؤدى الى انتفائه فهو المنتفى ولان المحل لايبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقى لكان مباحا فى نفسه فينتفى القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولاضمان فيه الا أن العصمة لايظهر سقوطها فى حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولاضرورة فى حقه

للذمى فهذا الزامى فانهم لايضمنونه الخمر باستهلاكها (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم) فيما روى النسائى عن حسان بن عبدالله عن المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد قال سمعت سعد بن ابراهيم يحدث عن أخيه المسور بن ابراهيم عن عبدالرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لايغرم صاحب سرقة اذا أقيم عليه الحد ولفظ الدارقطنى (لاغرم على السارق بعد قطع يمينه) وضعف بان المسور بن ابراهيم لم يلق عبدالرحمن بن عوف وهو جده فانه مسور بن ابراهيم بن عبدالرحمن بن عوف وسعد بن ابراهيم مجهول وفيه انقطاع آخر فان اسحق بن الفرات رواه عن المفضل فأدخل بين يونس بن يزيد وسعد بن ابراهيم الزهرى وقال ابن المنذر سعد بن ابراهيم هذا مجهول وقيل إنه الزهرى قاضى المدينة وهو أحد الثقات الأثبات وعندنا الارسال غير قادح بعد ثقة الراوى وأمانته وذلك الساقط ان كان قد ظهر أنه الزهرى فقد عرف وبطل القدح به وما قال ابن قدامة انه يحمل على غرم السارق أجرة القاطع مدفوع برواية البزار لايضمن السارق سرقته بعد اقامة الحد ولم يرد على قول المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن (ولان وجوب الضمان ينافى القطع لانه يتملكه بعد أداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فيتبين انه أخذ ملكه) ولاقطع فى ملكه لكن القطع ثابت قطعا (فما يؤدى الى انتفائه فهو المنتفى) والمؤدى اليه الضمان فينتفى الضمان (ولان المسروق لايبقى مع القطع معصوما حقا للعبد اذ لو بقى كان مباحا فى نفسه) وانما حرم لمصلحة العبد فكان حراما من وجه دون وجه فكان شبهة فى السرقة اذ الشبهة ليست الا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيندرئ الحد لكن الحد وهو القطع ثابت اجماعا (فكان محرما حقا للشرع) فقط (كالميتة ولاضمان فيما هو خالص حق الله) ولايقال جاز كون الشئ محرما لغيره ونفسه كالزنا فى نهار رمضان فلا يلزم أن يكون مباحا فى نفسه لانا نقول مافرض فيه الكلام وهو المال المسروق لايكون قط محرما الا لغيره ووقت استخلاصه الحرمة لنفسه تعالى قبيل فعل السرقة القبلية التى علم تعالى انها تتصل بها السرقة وانما يتبين لنا ذلك بتحقق القطع فاذا قطع علمنا انه استخلص الحرمة حقا له تعالى فى ذلك المال كما نعلم أن الاب ملكه الله تعالى جارية ابنه من غير تمليك من الابن له بظهور دعواه ولدها الا انا لما علمنا أنه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تعالى بنقل الملك فيها اليه قبل الوطء القبلية التى علم تعالى اتصال الوطء بها وكذا فى أعتق عبدك عنى بألف فهو من الاستدلال بمعاينة المشروط على سبق الشرط فان قلت فما وجه رواية الحسن فى الضمان بالاستهلاك مع فرض أن العصمة انتقلت الى الله تعالى وصار المسروق كحرمة الميتة فينبغى أن لايفترق الحال فاجاب المصنف عنه بقوله (الا ان العصمة لايظهر سقوطها فى حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولاضرورة فى حق فعل آخر)

(قوله لانه عرف بالاستقراء الخ) أقول منقوض بخمر الذمى قال المصنف (الا ان العصمة لايظهر سقوطها فى حق الاستهلاك) أقول وأنت خبير بان الحديث والتعليل الاول لايفرق بين الهلاك والاستهلاك (قوله وجب أن لايجب الضمان عند الاستهلاك) أقول يجب الضمان باستهلاك خمر الذمى كما سبق آنفا

(وكذا الشبهة) وهو كونه حراما لغيره (تعتبر فيما هو السبب) وهو السرقة لان اعتبار الشبهة انما يكون بجعل السبب فى الموجب للحد غير موجب احتيالا للدرء والاستهلاك ليس بسبب فلا تعتبر فيه الشبهة (ووجه المشهور) وهو عدم وجوب الضمان فى الاستهلاك كما فى الهلاك (أن الاستهلاك اتمام المقصود) بالسبب وهو السرقة لانه انما سرق ليصرفه الى بعض حوائجه فكان تتمة للسبب لا أنه فعل آخر (فتعتبر الشبهة فيه) لاسقاط الضمان كاعتبارها فى نفس السبب وقوله (وكذا يظهر سقوط العصمة فى حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها فى حق الهلاك لانتفاء المماثلة) قال فى النهاية أى لان سقوط العصمة فى فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة فى فصل الهلاك وأقول معناه سقوط العصمة فى الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها فى الهلاك والملزوم ثابت فاللازم كذلك وبيان الملازمة أنه لو لم يكن كذلك كانت العصمة باقية فى الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح لان الضمان يستوجب المماثلة بين المضمون والمضمون به بالنص وهى منتفية لان المضمون به مال معصوم فى الهلاك والاستهلاك حتى لو غصبه أحد ضمنه هلك عنده أو استهلك والمضمون وهو المسروق معصوم فى الاستهلاك على ذلك التقدير دون الهلاك ولا مماثلة بين المعصوم فى الحالتين والمعصوم فى حالة واحدة ومن الشارحين من قال لانه أى لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعنى أنه يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان وهذا لان ضمان العدوان مبنى على المماثلة بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفى الضمان لان المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حقا للشرع غير منتفع به كالدم والميتة والذى يؤخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفاء المعادلة وكلام المصنف لا يساعده فتأمل قال (ومن سرق سرقات فقطع فى إحداها فهو بجميعها) كلامه واضح (وقوله لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب) تقريره الحاضر ليس بنائب عن الغائب ومن ليس بنائب عن الغائب ليس له الخصومة فى حق الغائب ولا بد من الخصومة لانها شرط ظهور السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها واذا لم يقع القطع لها بقيت أموالهم معصومة والمال المعصوم مضمون لا محالة

وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور أن الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة فى حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها فى حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال (ومن سرق سرقات فقطع فى احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيأ عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يضمن كلها الا التى قطع لها) ومعنى المسئلة اذا حضر أحدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيأ بالاتفاق فى السرقات كلها لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت أموالهم معصومة

انما الضرورة فى نفى شبهة الاباحة عن فعل السرقة ضرورة وجوب القطع (وكذا الشبهة) أى شبهة الاباحة انما (تعتبر فيما هو السبب) وهو السرقة (دون غيره) وهو الاستهلاك (ووجه المشهور أن الاستهلاك) وان كان فعلا آخر الا انه (اتمام المقصود) بالسرقة وهو الانتفاع بالمسروق فكان معدودا منها (فتعتبر الشبهة فيه) كما اعتبرت فى السرقة (وكذا يظهر سقوط العصمة فى حق الضمان) فى فصل الاستهلاك (لانتفاء المماثلة) بين المال المسروق والضمان لان المسروق معصوم حقا للعبد فى حالة الاستهلاك فقط والضمان مال معصوم حقا له فى حالتى الهلاك والاستهلاك فاذا انتفت المماثلة انتفى الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص بخلاف شرب خمر الذمى لانه أتلف مالا متقوما لغيره فيضمنه وفيه جناية على عقله وجعل الله تعالى فيه الحد فيصد بذلك فكانا حرمتين ومثله صيد الحرم المملوك وفى المبسوط روى هشام عن محمد أنه انما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة فأما ديانة فيفتى بالضمان للحوق الخسران والنقصان للمالك من جهة السارق وفى الايضاح قال أبو حنيفة لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذا لو خاطه قميصا لا يحل له الانتفاع به لانه ملكه بوجه محظور وقد تعذر ايجاب القضاء به فلا يحل له الانتفاع كمن دخل دار الحرب بأمان وأخذ شيأ من أموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة وكالباغى اذا أتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان وتعذر ايجاب الضمان بعارض ظهر أثره فى حق الحكم وأما ديانة فيعتبر قضية السبب (قوله ومن سرق سرقات فقطع فى احداها) بخصومة صاحبها وحده (فهو) أى ذلك القطع (لجميعها ولا يضمن شيأ) لأرباب تلك السرقات (عند أبى حنيفة وقالا يضمن كلها الا) السرقة (التى قطع فيها فان حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيأ) من السرقات (بالاتفاق لهما أن الحاضر ليس نائبا من الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة) ولا خصومة من الغائب فلم تظهر الخصومة منهم فلم يظهر القطع بسرقاتهم (فبقيت أموالهم معصومة

(قوله لان الضمان الى قوله بالنص) أقول يعنى قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم (قوله ومن الشارحين من قال) أقول أراد الاتقانى

(وله أن الواجب بالكل) أى بكل السرقات (قطع واحد) لانه يجب (حقالله) وكل ما كان كذلك يتداخل وقد وجد ذلك (والخصومة شرط الظهور عند الحاكم) وقد وجد ذلك أيضا بالنسبة الى الجميع لان الشرط يراعى وجوده لا وجوده قصدا (فاذا استوفى) يعنى ذلك القطع الواحد (فالمستوفى كل الواجب ألاترى أن نفعه) وهو الانزجار يرجع الى الكل فان قيل الحكم الثابت ضمنا لا يربو على الثابت صريحا والقطع يتضمن البراءة عن ضمان المسروق ولو أبرأه الواحد عن ضمان الكل نصا لم يبرأ فكيف يبرأ اذا ثبت ضمنا أجيب بانه كم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب ووقف المنقول ثم ههنا لما وقع القطع فى حق الكل بالاجماع تبعه ماهو الثابت فى ضمنه وهو سقوط الضمان واعلم أن وقوع القطع بجميع السرقات

وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقالله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضى فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب ألايرى أنه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم فى البعض والله تعالى أعلم

باب ما يحدث السارق فى السرقة

(ومن سرق ثوبا فشقه فى الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوى عشرة دراهم قطع) وعن أبى يوسف أنه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع

وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقالله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند الحاكم) فاذا كان الحكم الشرعى الثابت فى نفس الامر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الاسباب السابقة وقد وجد لزم وقوعه عنها وهو ملزوم لسقوط ضمانها كلها فى نفس الامر علم القاضى بها أو لم يعلم ولا أثر لعدم علمه بها فى نفى الحكم الثابت شرعا عند القطع وهو وقوعه عن كل الاسباب وهو يستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابتا وهو المطلوب

باب ما يحدث السارق فى السرقة

(قوله ومن سرق ثوبا فشقه فى الدار) قبل أن يخرجه من الحرز (نصفين ثم أخرجه وهو يساوى عشرة) بعد الشق (قطع وعن أبى يوسف أنه لا يقطع) وان كان لا يساوى عشرة بعده لم يقطع بالاتفاق وان شقه بعد الاخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر واختلفت العبارات فى افادة قول أبى يوسف فى بعضها ما يفيد أنه رواية عنه وأن الظاهر من قوله كقولهما وهى كلام الهداية وفخر الاسلام البزدوى والصدر الشهيد والعتابى حيث قالوا وعن أبى يوسف وكذا قول الاسبيجابى ذكر الطحاوى قول أبى يوسف مع محمد وقول محمد مع أبى حنيفة فى الظاهر وشمس الائمة البيهقى زاد فقال فى كفايته وعن أبى يوسف وهو رواية عن أبى حنيفة وفى بعضها ما يفيد أنه الظاهر من قوله كقول صاحب الاسرار وقال أبو يوسف لا يقطع وكذا قال الحاكم الشهيد فى الكافى وقال أبو يوسف كل شئ يجب عليه قيمته ان شاء ذلك رب المتاع فلا قطع عليه وجه قوله أن السرقة ما تمت الا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك اذ بالخرق الفاحش يثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب وتركه له وان كره ذلك وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به كما لو سرق المشترى المبيع الذى فيه خيار البائع ثم أسقط البائع الخيار فانه لا يقطع لذلك

بالاجماع فقد علمت أن القطع لا يجتمع مع الضمان فالقول بالضمان فى واحدة منها بعد ذلك جمع بين القطع والضمان فذلك تناقض وقوله (وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد) يعنى لو سرق النصب من شخص واحد مرارا فخاصم فى البعض فقطع لاجل ذلك فعند أبى حنيفة لا يضمن النصب الباقية وعندهما يضمن والله أعلم

باب ما يحدث السارق فى السرقة

لما ذكر أحكام السرقة وكيفية القطع ذكر فى هذا الباب ما يسقط به القطع بسبب احداث الصنعة للشبهة والشبهة أبدا تتلو الثابت ذكرا (ومن سرق ثوبا فشقه فى الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوى) بعد الشق (عشرة دراهم قطع) قيد بقيدين أن يكون الشق فى الدار وأن يساوى عشرة دراهم بعد الشق فى الدار لانه اذا أخرجه غير مشقوق وهو يساوى عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة فانه يقطع قولا واحدا ولانه إذا شق فى الدار ونقصت قيمته عن العشرة ثم أخرجه لم يقطع لان السرقة قد تمت على النصاب الكامل فى الاول دون الثانى (وعن أبى يوسف أنه لا يقطع لان له فى شبهة الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون) ولهذا قلنا المالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك لانه لو لم ينعقد لما أوجب التمليك بكره من السارق (وصار كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع) ثم فسخ البائع البيع فانه لا يقطع هنالك فكذلك ههنا والجامع بينهما أن السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق لكن ورد عليه سبب الملك

(ولهما ان الاخذ) أى هذا الاخذ الذى فيه خرق فاحش واللام للعهد بدليل قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وتقريره أنا لا نسلم ان له فيه سبب الملك لان الاخذ المعهود ليس بموضوع له وانما هو موضوع سببا للضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك (وانما الملك يثبت له ضرورة أداء الضمان كى لا يجتمع البدلان فى ملك واحد ومثله) أى ومثل هذا الاخذ الذى هو سبب الضمان (لا يورث الشبهة) لانه ليس بموضوع للملك (كنفس الاخذ) فانه يحتمل أن يصير سببا بعد الضمان ومع هذا فلم تعتبر شبهة (وكما اذا سرق البائع معيبا باعه) ولم يعلم المشترى بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب وكذلك ههنا يقطع وان انعقد سبب الضمان وهو الشق (بخلاف ماذكر) أى أبو يوسف وهو قوله كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه الخيار للبائع لان سبب الملك موجود فيه (اذ البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب) لا يقال الاصل عندكم أن القطع والضمان لا يجتمعان فاذا اختار تضمين النقصان كيف يتمكن من القطع لأن ضمان النقصان وجب بجناية أخرى قبل الاخراج وهى ما فات من العين والقطع باخراج الباقى كما لو أخذ ثوبين فاحرق أحدهما فى البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب وأورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب الضمان وعن هذا ذهب بعضهم الى أنه ان اختار القطع لا يضمن النقصان والجواب أن القطع للباقى بعد الحرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القطع كان لاجله لا لشئ آخر (فان اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة) فانه اذا وهب له بعد تمام السرقة يسقط القطع فلأن لا يجب اذا ملكه قبل تمام السرقة أولى (وهذا كله) أى هذا الخلاف مع هذه التفصيلات (اذا كان النقصان فاحشا) وهو الذى يفوت به بعض العين وبعض المنفعة (فان كان يسيرا) وهو ما يفوت به بعض المنفعة فى الصحيح على ما سيجىء تمام الكلام فى تفسير الفاحش واليسير فى كتاب الغصب (يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة

ولهما أن الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان كى لا يجتمع البدلان فى ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ماذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فأورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة

لذلك وهو أن السرقة تمت على عين غير مملوك ولكن فيه سبب الملك للسارق (ولهما أن الاخذ وقع سببا للضمان) ولا يخفى أن المناسب أن يقول أن الشق وقع سببا للضمان (لا للملك) وثبوت ولاية الغير أن يملك ليس سببا للملك بل السبب انما يثبت عند اختيار التضمين وانما تكون تلك الولاية موجبة للسببية اذا كان التصرف موضوعا للتمليك كالبيع فيما قست عليه لا فيما وضع سببا للضمان فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع كون نفس التصرف وضع للتمليك بخلاف الشق ولما كان الكلام ليس فى الاخذ بل فى الشق تكلف فى تقريره بان قيل الاخذ سبب للضمان لانه عدوان محض لا للملك فكان كالشق عدوانا فكما لا تعتبر فى الاخذ شبهة الملك دارئة للقطع بل يقطع اجماعا كذلك الشق وانما يصير الشق سببا للضمان اذا اختار المالك التضمين (فيثبت ضرورة أداء الضمان) أو القضاء به (ومثله لا يورث شبهة) والا لثبت مثلها (فى نفس الاخذ) لانه أيضا يحتمل أن يصير سببا للملك باداء الضمان كالشق فصار (نظير ما اذا سرق البائع معيبا باعه) ولم يعلم المشترى العيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد بالعيب الذى به يثبت الملك للبائع (قوله وهذا الخلاف الخ) الحاصل أن هذا الخلاف الكائن فى القطع هو فيما اذا كان النقصان فاحشا واختار المالك تضمين النقصان وأخذ الثوب يقطع مع ذلك عندهما وعند أبى يوسف لا يقطع (ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما لو ملكه) اياه (بالهبة) بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم (ولو كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك وليس للمالك تضمين كل القيمة) فانتفى وجه أبى يوسف فى عدم القطع فى اليسير واعلم ان الخرق يكون يسيرا ويكون فاحشا وتارة يكون اتلافا واستهلاكا وفيه يجب ضمان كل القيمة بلا اخيار لانه استهلاك وعلى هذا لا يقطع لانه ما تمت السرقة الا بما ملكه بالضمان وقد حده التمرتاشى بان ينقص أكثر من نصف القيمة وأما الخرق الفاحش فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش والا فيسير ولا بد أن يكون المعنى فصاعدا ما لم ينته الى ما به يصير اتلافا والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض

(قوله وأورد على هذا الجواب الخ) أقول المورد هو الكاكى فى معراج الدراية لكن تقرير الجواب الذى هو مورد هذا الايراد ليس على هذا النمط فيه (قوله وعن هذا ذهب بعضهم الخ) أقول أراد الخبازى قال الكاكى وفى الخبازية وفى الصحيح أن لا يضمن النقصان كى لا يجتمع القطع مع الضمان

(وان سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع) لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه (ومن سرق ذهبا أو فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما) وأصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيأ آخر فلم يملك عينه

المنفعة واليسير ما يفوت به شيء من المنفعة ذكره التمرتاشي وأورد في الكافي على القطع مع ايجاب ضمان النقصان في الخرق اليسير أن فيه جمعا بين القطع والضمان وأجاب فقال انما لا يجتمعان كي لا يؤدي الى الجمع بين جزاء الفعل و بدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يؤدي اليه اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب به الضمان لان عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغي أن لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال في الفوائد الخبازية وفي الصحيح لا يضمن النقصان كي لا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر في عامة الكتب الامهات انه يقطع و يضمن النقصان والنقض بالاستهلاك غير وارد لان الاستهلاك هنالك بعد السرقة بان سرق واستهلك المسروق وما نحن فيه ما اذا نقص قبل تمام السرقة فان وجوب قيمة ما نقص ثابت قبل السرقة ثم اذا أخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم نضمنه اياه ألا ترى الى قول الامام قاضيخان فان كان الخرق يسيرا يقطع و يضمن النقصان أما القطع فلانه أخرج نصابا كاملا من الحرز على وجه السرقة وأما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التعييب الذي وقع قبل الاخراج الذي به تتم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لان ضمان النقصان وجب باتلاف ما فات قبل الاخراج والقطع باخراج الباقي فلا يمنع كما لو أخذ ثوبين وأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب وأما قول الباحث يملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك الى آخره فغلط لان عند السرقة وهو الاخراج ما كان له ملك في المخرج فان الجزء الذي ملكه بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء المملوك له (قوله وان سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع) ولو ساوت نصابا بعد الذبح (لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه) على ما مر لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه (قوله ومن سرق ذهبا أو فضة يجب فيه القطع) بأن كانت نصابا (فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه عند أبي حنيفة) وهو قول الائمة الثلاثة (و يرد الدراهم والدنانير على المسروق منه وقالا يقطع ولا سبيل للمسروق منه عليهما) والخلاف مبني على خلاف آخر في الغصب وهو ما اذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم لا ينقطع حق المغصوب منه عنده خلافا لهما وكذا لو كانت دراهم فضربها حليا فكذا هنا لا ينقطع بالصنعة حق المسروق منه في السرقة بناء على أنها لم تتبدل فيقطع فالقطع عنده لا يشكل على هذا أما عندهما فقد قيل لا يقطع لانه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكن يجب عليه مثل ما أخذ وزنا من الذهب والفضة وقيل يقطع ولا شيء على السارق لانه لم يملك عين المسروق لانه بالصنعة صار شيأ آخر فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شيء عليه وجه قولهما أن هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة في الحديد والصفر بأن غصب حديدا أو صفرا فجعله سيفا أو آنية وكذا الاسم كان تبرا ذهبا أو فضة فصار دراهم أو دنانير وله أن هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت و بدلت الاسم لم تعتبر موجودة شرعا بدليل انه لم يتغير بها حكم الربا حتى

دراهم (فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه) وهو ظاهر (قوله وأصله في الغصب) يريد أن ما يقطع حق المغصوب منه عن المغصوب من الصنعة يقطع حق المسروق منه من المسروق وهذه الصنعة تقطعه (عندهما خلافا له) لهما أن هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما ومقصودا وكل ما كان كذلك ينقطع به حق المالك كما اذا كان المغصوب صفرا فضرب به قمقمة أو حديدا فجعله ذراعا فانه ينقطع به حق المالك وله أن عين المسروق باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين فان اعادتها الى الحالة الاولى ممكنة والصنعة ههنا غير متقومة حتى لو كسر ابريق فضة لم يكن للمالك أخذه وتضمين الصنعة والعين المسروقة متقومة واذا كان كذلك كان اعتبار الباقي المتقوم أولى من الزائل الغير المتقوم (قوله فلم يملك عينه) أي عين المسروق وفي بعض النسخ عينهما أي عين الذهب والفضة وانما ملك شيأ غيرهما فان الاعيان تتبدل بتبدل الصفات أصله حديث بريرة

(قوله لهما أن هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما الخ) أقول أما تبدله حكما فلان التبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات بخلاف المضروب

وقوله (فان سرق ثوبا فصبغه أحمر) قال صاحب النهاية صورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه أحمر الخ فان لفظ رواية الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في السارق يسرق الثوب فتقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر قال ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لان الواو للحال وهي لا تدل على التعقيب ولكن قول المصنف (الا ترى انه غير مضمون الى آخره) انما يستقيم اذا كانت صورة المسئلة ما قال وتحرير المذهبين واعتبار محمد واضح وقوله (ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (أن الصبغ قائم صورة ومعنى) أما صورة فظاهر فان الحمرة فيه محسوسة وأما معنى فلأن المسروق منه لو أخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبغ (وحق المالك في الثوب قائم صورة)

لتمكنه من الاسترداد (لا معنى) لانه غير مضمون على السارق بالهلاك أو الاستهلاك فكان جانب السارق مرجحا كالموهوب له اذا صبغ فان حق الواهب ينقطع عنه (بخلاف) مسئلة (الغصب) يعني التي اعتبر بها صورة النزاع (لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه) يعني الوجود (فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا) من كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا (وان صبغه اسود أخذ منه الثوب عند أبي حنيفة ومحمد ولا يؤخذ عند أبي يوسف لان السواد زيادة عنده كالحمرة وأما عند أبي حنيفة فان السواد عنده نقصان) فلم يكن حق السارق قائما فيه معنى (فلا يوجب انقطاع حق المالك) وأما عند محمد فان السواد وان كان عنده أيضا كالحمرة لكن لا يقطع حق المالك والله أعلم

(فان سرق ثوبا فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه) اعتبارا بالغصب والجامع بينهما كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو أراد أخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى ألا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا (وان صبغه أسود أخذ منه في المذهبين) يعني عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة أيضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة بأحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكما فينقطع وتؤخذ للمالك على أن الاسم باق وهو اسم الذهب والفضة وانما احدث اسم آخر مع ذلك الاسم (قوله ومن سرق ثوبا فصبغه أحمر) يقطع به باجماع العلماء ثم لا يؤخذ منه الثوب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يضمنه (وقال محمد يؤخذ منه الثوب) وهو قول الائمة الثلاثة (ويعطى قدر ما زاد الصبغ في الثوب اعتبارا بالغصب) فان غاصب الثوب اذا صبغه أحمر لا ينقطع به حق المالك في الاسترداد اتفاقا فكذا في السرقة (والجامع كون الثوب أصلا والصبغ تابعا ولهما أن الصبغ قائم صورة) وهو ظاهر وقوله (ومعنى) أي من حيث القيمة (حتى لو أراد) المسروق منه (أن يأخذ الثوب يضمن له) قيمة (الصبغ وحق المالك قائم صورة لا معنى) فانه لو هلك أو استهلك عند السارق لا يضمن فكان حق السارق أحق بالترجيح كالموهوب له اذا فعله ينقطع حق الواهب في الرجوع بذلك (بخلاف الغصب لان حق كل) من المغصوب منه والغاصب الذي صبغه (قائم صورة ومعنى) لانتفاء ما يخل بالمعنى في حق الغاصب وهو القطع (فاستويا فرجحنا المالك بما ذكرنا) من أن الصبغ تابع (قوله وان صبغه) أي السارق (أسود) ثم قطع أو قطع فصبغه أسود (يؤخذ منه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا والاول سواء) فلا يؤخذ منه (لان السواد زيادة كالحمرة) وهي مانعة من الاسترداد من السارق (وعند محمد هو زيادة) لكن الزيادة غير مانعة كما قال في الحمرة (وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك) في الاسترداد قالوا وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان فان الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسونه في زمنهما وفي شرح الطحاوي لو سرق سويقا فلته بسمن أو عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ أي الاحمر ليس للمالك على السارق سبيل في السويق وعند محمد يأخذه ويعطي ما زاد السمن والعسل

قال المصنف (فان سرق ثوبا فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب) أقول وفي الكنز لو صبغه أحمر فقطع لا يرد ولا يضمن قال الزيلعي في شرحه أي لو سرق ثوبا فصبغه أحمر فقطع لا يجب عليه رده ولا ضمانه وهكذا ذكره في المحيط والكافي ولفظ صاحب الهداية وان سرق ثوبا فقطع فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولا يضمن بتأخير الصبغ عن القطع ولفظ محمد سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر الخ دليل على أنه لا فرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده انتهى وأنت خبير بأن عبارة الهداية ليست على ما نقله (قوله وهي لا تدل على التعقيب) أقول بل صيغة المضي تدل على التقدم على ما عرف في مباحث الحال (قوله انما يستقيم اذا كانت الخ) أقول فيه بحث

﴿باب قطع الطريق﴾

قال (واذا خرج جماعة ممتنعين أو واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل أن يأخذوا مالا و يقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا أو ما تبلغ قيمته ذلك قطع الامام أيديهم وأرجلهم من خلاف وان قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الامام حدا) والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية

﴿ باب قطع الطريق ﴾

أخره عن السرقة وأحكامها لانه ليس بسرقة مطلقة ولذا لا يتبادر هو أو ما يدخل هو فيه من اطلاق لفظ السرقة بل انما يتبادر الاخذ خفية عن الناس ولكن أطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجاز الضرب من الاخفاء وهو الاخفاء عن الامام ومن نصبه الامام لحفظ الطريق من الكشاف وأرباب الادراك فكان السرقة فيه مجازا ولذا لا تطلق السرقة عليه الا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ولو قيل السرقة فقط لم يفهم أصلا ولزوم التقييد من علامات المجاز (قوله واذا خرج جماعة ممتنعين) بقوتهم عمن يقصد مقاتلتهم (أو واحد له منعة) بقوته ونجدته يعني شوكته (يقصدون قطع الطريق) أي أخذ المارة فاحوالهم بالنسبة الى الجزاء الشرعي أربعة و بالنسبة الى ما هو أعم منه خمسة أما بالنسبة الى الجزاء فاما أن يؤخذوا قبل أن يأخذوا مالا و يقتلوا نفسا بل لم يوجد منهم سوى مجرد اخافة الطريق الى أن أخذوا فحكمهم أن يعزروا و يحبسوا الى أن تظهر توبتهم في الحبس أو يموتوا واما ان أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد عشرة دراهم فصاعدا أو ما يبلغ قيمته ذلك فيقطع الامام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى واما ان قتلوا مسلما أو ذميا ولم يأخذوا مالا فيقتلهم الامام حدا ومعنى حدا أنه لو عفا أولياء المقتولين لا يقبل عفوهم لان الحد خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره فمن عفا عنهم عصى الله تعالى والرابعة أن يأخذوا المال و يقتلوا وستأتي ان شاء الله تعالى وفي فتاوى قاضيخان وان قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصا وهذا يخالف ما ذكرنا الا أن يكون معناه اذا أمكنه أخذ المال فلم يأخذ شيأ ومال الى القتل فانا سنذكر في نظيرها أنه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن أبان وفيها أيضا ان خرج على القافلة في الطريق وأخاف الناس ولم يأخذ المال ولم يقتل يعزر و يخلى سبيله وهو خلاف المعروف من أنه يحبس امتثالا للنفي المذكور في الآية وأما بالنسبة الى ما هو أعم فالاربعة المذكورة والخامسة أن يؤخذوا بعدما أحدثوا توبة وتأتي أيضا في الكتاب والتقييد بمسلم أو ذمي في صدر المسئلة ليخرج المستأمن فلو قطعوا الطريق على مستأمن لم يلزمهم شئ مما ذكرنا الا التعزير والحبس باعتبار اخافة الطريق واخفار ذمة المسلمين لان ماله غير معصوم على التأبيد و باقي الشروط من كون ذلك في برية لا في مصر ولا قرية ولا بين قريتين وغير ذلك مما يقدمه الشارحون يأتي ذلك كله في الكتاب مفصلا (والاصل فيه) أي في توزيع الاجزية كما ذكرنا على الجنايات المذكورة (قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله و رسوله و يسعون في الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا) الآية سمي قاطع الطريق محاربا لله لان المسافر معتمد على الله تعالى فالذي يزيل أمنه محارب لمن اعتمد عليه في تحصيل الامن وأما محاربته لرسوله فاما باعتبار عصيان أمره واما باعتبار أن الرسول هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه فاذا قطع الطريق التي تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربه أو هو على حذف مضاف أي يحاربون عباد الله وهو أحسن من تقدير أولياء الله لان هذا الحكم

﴿ باب قطع الطريق ﴾

اعلم أن قطع الطريق يسمى سرقة كبرى أما تسميتها سرقة فلان قاطع الطريق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما أن السارق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك أو من يقوم مقامه وأما تسميتها كبرى فلان ضرر قطع الطريق على أصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك بأخذ مالهم وهتك حرزهم ولهذا غلظ الحد في حق قطاع الطريق وانما أخره عن السرقة الصغرى لانها أكثر وجودا منه قوله (واذا خرج جماعة) قيل ذكر لفظ الجماعة ليتناول المسلم والذمي والحربي والحر والعبد وأراد بالامتناع ان يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته وكلامه واضح وقوله (قتلهم حدا) أي لا يسقط القتل بعفو الاولياء و يسمى قطاع الطريق محاربين لان المال في البراري محفوظ بحفظ الله تعالى فاذا أخذوه على سبيل المغالبة كان في صورة المحارب

(قوله والمراد منه والله تعالى أعلم التوزيع على الاحوال) فيه اشارة الى نفي مذهب مالك أن الامام مخير بين هذه الاشياء نظرا الى ظاهر كلمة أو وقوله (وهي أربعة هذه الثلاثة المذكورة) يعني قوله فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا وقوله وان أخذوا مال مسلم أو ذمي وقوله وان قتلوا ولم يأخذوا مالا والرابعة ما يذكر بعد هذا من القتل وأخذ المال وقوله (ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال) أي على حسب الاحوال الواقعة في قطع الطريق (فاللائق تغلظ الحكم) أي الجزاء (بتغلظ الجناية) بتفاوت الاحوال لا التخيير لانه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف أو بالعكس وهو خلاف مقتضى الحكمة والكلام في هذا البحث قد قررناه في التقرير مستوفى (قوله فلانه المراد بالنفي المذكور) يعني عندنا فان الشافعي يقول المراد به الطلب ليهربوا من كل موضع وما قلناه أولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما وجد له نظير في الشرع أولى من الاخذ بما لا نظير له (قوله وشرط كمال النصاب في حق كل واحد الخ) قال الحسن بن زياد الشرط أن يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا لان التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق بأخذها عضوا واحدا وههنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان في السرقة الا في عشرين درهما وقلنا تغلظ الحد ههنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ ففي النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء وقوله (كي لا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة) حتى اذا كانت يده اليسرى شلاء أو مقطوعة لم تقطع رجله اليسرى وأما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة فانه تقطع رجله اليسرى

والمراد منه والله أعلم التوزيع على الاحوال وهي أربعة هذه الثلاثة المذكورة والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها أما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن أهلها ويعزرون أيضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط ان يكون المأخوذ مال مسلم أو ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كي لا يستباح طرفه الا بتناوله ماله خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كي لا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه (ويقتلون حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم) لانه حق الشرع

يثبت بالقطع على الكافر الذمي (والمراد من الآية التوزيع) أي توزيع الاجزية المذكورة على أنواع قطع الطريق وبه قال الشافعي والليث واسحق وقتادة وأصحاب أحمد وقال عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وأبو ثور وداود الامام مخير فيه على ما هو ظاهر النص مطلقا وقال مالك اذا رأى الامام القاطع جلدا ذا رأي قتله وان كان جلدا لا رأي له قطعه ولنا ما روى محمد عن أبي يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة هلال بن عويمر الاسلمي فجاء أناس يريدون الاسلام فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق فنزل جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحد أن من قتل وأخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ قتل ومن أخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان منه في الشرك وفي رواية عطية عن ابن عباس ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال نفي وبالنظر الى المعنى وهو أن من المقطوع به ان ما ذكر من القتل والصلب والقطع والنفي كلها أجزية على جناية القطع ومن المقطوع به ان هذه الجناية تتفاوت خفة وغلظا والعمل بالاطلاق المحض للآية يقتضي أن يجوز أن يرتب على أغلظها أخف الاجزية المذكورة وعلى أخفها أغلظ الاجزية وهذا مما يدفعه قواعد الشرع والعقل فوجب القول بتوزيع الاغلظ للاغلظ والاخف للاخف ولان في هذا التوزيع موافقة لاصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع بالاخذ الا أن هذا الاخذ لما كان أغلظ من أخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكابرة مع اشهار السلاح جعل المرة منه كالمرتين فقطع في الاخذ مرة اليد والرجل معا من غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين لان الغلظ في هذه الجناية من جهة الفعل لا متعلقه ولموافقة قاعدة الشرع شرط في قطعهم كون ما يصيب كل واحد منهم نصابا كاملا كي لا يستباح طرفه بأقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع ولم يشرط مالك سوى أن يكون المأخوذ نصابا فصاعدا أصاب كلا نصاب أولا وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى بالاجماع كي لا يتوى نصفه وكذا الاحكام السابقة من أنه لو كانت يسراه شلاء لا تقطع يمينه وكذا رجله اليمنى لو كانت شلاء لا تقطع اليسرى ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا تقطع له يد وكذا الرجل اليسرى فان قلت ليس في الاجزية الموزعة الحبس قلنا هو المراد بالنفي وذلك لان ظاهره لا يعمل به وهو النفي من الارض أي من

قال المصنف (ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال) أقول عطف على التوهم كأنه قال والمراد والله تعالى أعلم التوزيع على الاحوال لا التخيير لان الاجزية المذكورة في الآية الكريمة أربعة والاحوال أيضا أربعة فالظاهر انقسام الاجزية عليها ولان الجنايات الخ قال المصنف (ويقتلون حدا) أقول وفي فتاوى قاضيخان أنهم يقتلون قصاصا فبينهما ما لا يخفى من المخالفة

(و) الرابعة (اذاقتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع) لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان مادون النفس يدخل فى النفس فى باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما أن هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهى بالقتل وأخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا فى الكبرى حدا واحدا وان كانا فى الصغرى حدين والتداخل فى الحدود لا فى حد واحد ثم ذكر فى الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أنه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول أصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه

وجه الارض لانه لا يتحقق مادام حيا وان حمل على بعضها وهى بلدته لا يحصل به المقصود وهو دفع أذاه عن الناس لانه اذا كان ذا منعة يقطع الطريق فيما يصير اليه من البلدة الاخرى فحملنا بمجازه وهو الحبس فانه قد يطلق عليه انه خارج من الدنيا قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف فى الغرر

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها * فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى

اذا جاءنا السجان يوما لحاجة * عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

ولما رأى مالك رضى الله عنه أن مجرد النفى لا يفيد فى المقصود قال يحبس فى بلدة النفى ومعلوم أن المقصود لا يتفاوت بالحبس فى بلدة النفى وغيرها فيقع تعيين بلدة النفى فى غير الفائدة المطلوبة (قوله والرابعة) أى من أنواع هذه الجناية (ما اذا قتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم) بلا صلب وقطع (وان شاء صلبهم) أحياء ثم قتلهم وهذا قول أبى حنيفة وزفر وقال أبو يوسف رحمه الله لا بد من الصلب للنص فى الحد ولا يجوز ترك الحد كالقتل وبه قال الشافعى وأحمد أجاب بأن أصل التشهير يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صلب العرنيين ولا غيره صلب أحدا مع أن ظاهر النص لا يحتم الصلب فان قوله أن يقتلوا أو يصلبوا انما يفيد أن يقتلوا بلا صلب أو يصلبوا بلا قتل لكن يقتل بعد الصلب مصلوبا بالاجماع وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل أو يصلب وفى عامة الروايات من المباسيط وشروح الجامع الصغير ذكر أبى يوسف مع محمد وبه قال مالك ان كان القاطع ذا رأى والشافعى وأحمد مع أبى يوسف فى أنه لا بد من الصلب ومع محمد فى انه لا يقطع (وجه قولهم انه جناية واحدة) هى جناية قطع الطريق (فلا توجب حدين ولان مادون النفس فى باب الحد يدخل فى النفس كحد السرقة والرجم) اذا اجتمعا بأن سرق المحصن ثم زنى فانه يرجم ولا يقطع اتفاقا (ولهما) أى لأبى حنيفة وأبى يوسف وهذا على اعتبار أبى يوسف مع أبى حنيفة لا مع محمد (أن هذه) الجناية وان كانت واحدة باعتبار انه قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقتل أيضا (عقوبة واحدة وانما تغلظت لتغلظ سببها) حيث بلغ النهاية فى تفويت الامن (حيث فوت الامن على المال والنفس بالقتل وأخذ المال) وكونها أمورا متعددة لا يستلزم تعدد الحدود فى قطع الطريق ألا ترى ان قطع اليد والرجل فيها حد واحد وهو فى الصغرى حدان ولان مقتضى التوزيع الذى لزم اعتباره أن يتعين القطع ثم القتل لان التوزيع أدى الى أن من أخذ المال قطع وهذا قد أخذه فيقطع وأن من قتل يقتل أو يصلب وهذا قتل فيجب أن يجمع له بين القطع والقتل الا أن ذلك كان فيما اذا فعل ذلك على الانفراد فأما على الاجتماع فجاز أن يؤخذ حكمه من الانفراد فجاز ذلك للامام وماذكر من دخول مادون النفس فى النفس هو ما اذا كانا حدين أحدهما غير النفس والآخر

وقوله (فالامام بالخيار) حاصله أن الامام بالخيار فى جمع العقوبتين بين قطع الايدى والارجل مع القتل أو الصلب وبين القتل أو الصلب ابتداء من غير قطع الايدى والارجل وكذلك للامام الخيار عند اختيار ترك قطع الايدى والارجل بين القتل والصلب وكان الخيار للامام فى موضعين وهذا قول أبى حنيفة وذكر فى الكتاب قول أبى يوسف معه (وقال محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع) وذكر فى عامة الروايات قول أبى يوسف معه (لانه) أى قطع الطريق (جناية واحدة فلا توجب حدين ولان مادون النفس دخل فى النفس فى باب الحد كحد السرقة والرجم) فان السارق اذا زنى وهو محصن فانه يرجم لا غير لان القتل يأتى على ذلك كله قوله (ولهما) أى لابى حنيفة وأبى يوسف وهو ظاهر الرواية (والتداخل فى الحدود لا فى حد واحد) ألا ترى أن الجلدات فى الزنا لا تتداخل فان قيل لو كان حدا واحدا لما جاز للامام أن يدع القطع كما لم يجز له أن يترك بعض الجلدات أجيب بأن ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل بل لان مراعاة الترتيب ليست واجبة عليه فى أجزاء حد واحد وكان له أن يبدأ بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلا فائدة فى اشتغاله بالقطع بعده كما اذا ضرب الزانى خمسين جلدة فمات فانه يترك مابقى لأنه لا فائدة فى اقامته

قال المصنف (والرابعة اذا قتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار) أقول فيه أن هذا التخيير مناف لماذكره آنفا أن المراد التوزيع على الاحوال فليتأمل فى التوفيق

ثم قال (ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى أن يموت) ومثله عن الكرخي وعن الطحاوى انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح أن الصلب على هذا الوجه أبلغ فى الردع وهو المقصود به قال (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام) لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس به وعن أبى يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال (واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه فى مال أخذه) اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه (فان باشر القتل أحدهم أجرى الحد عليهم بأجمعهم) لانه جزاء المحاربة وهى تتحقق بأن يكون البعض ردأ للبعض حتى اذا زلت أقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قال (والقتل وان كان بعصا أو بحجر أو بسيف فهو سواء) لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص وأخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء) لانه لاحد فى هذه الجناية

النفس أما اذا كان ذلك حدا واحدا فلا بد من اقامته فهى أجزاء حد واحد غير أنه ان بدأ بالجزء الذى لا تتلف به النفس فعل الآخر وان بدأ بما تتلف به لا يفعل الآخر لانتفاء الفائدة وهو الضرب بعد الموت (قوله ثم قال) أى القدورى فيما اذا اختار الامام صلبه أو ما اذا قلنا بلزومه على قول أبى يوسف انه (يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى أن يموت ومثله عن الكرخي وجه قوله وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه أبلغ فى الردع) ولان المقصود الزجر وهو يحصل فى الحياة لا بما بعد الموت الا أن يقال النص دل على ذلك فانه قال أن يقتلوا أو يصلبوا فلزم كون الصلب بلا قتل لانه معاندله بحرف العناد فلا يتصادق معه والقتل الذى يعرض بعد الصلب ليس فى اللفظ (وعن الطحاوى يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة) فانها نسخت من لدن العرنيين على ما عرف لا يقال وجه الاول وهو الاصح لا يخفى انه لا يكافى وجه الطحاوى لانا نقول الحاصل ليس غير صلب وقتل بطعن الرمح والثانى هو المعتاد بينهم لان عادتهم القتل به فليس مثلة عندهم كما هو فى جدع الاذنين وقطع الانف وسمر العينين فان كان هنالك مثلة فالصلب ليس غير وهو مقطوع بشرعيته فتكون هذه المثلة الخاصة مستثناة من المنسوخ قطعا لا يحتمل الشك ثم يخلى بينه وبين أهله يدفنونه وعلمت فى كتاب الشهيد أنه لا يصلى على قاطع الطريق (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام لانه يتغير بعدها فيتأذى به الناس وعن أبى يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرنا والنهاية غير لازمة) من النص وكونه أمر بالصلب لا يقتضى الدوام بل بمقدار متعارف لابلاء الاعذار كما فى مهلة المرتد وغيره كما فى مدة الخيار (قوله واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه فى مال أخذه) لما بينا فى السرقة الصغرى من سقوط عصمته بالقطع (قوله وان باشر القتل أحدهم) أى واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعينوه (أجرى الحد على جميعهم) فيقتلوا ولو كانوا مائة بقتل واحد منهم واحدا (لان القتل جزاء المحاربة) التى فيها قتل بالنص مع التوزيع (والمحاربة تتحقق بأن يكون البعض ردأ للبعض حتى اذا انهزموا انحازوا اليهم) وقد تحققت المحاربة مع القتل فيشمل الجزاء الكل وهو قول مالك وأحمد خلافا للشافعى قلنا انه حكم تعلق بالمحاربة فيستوى فيه المباشرة والردء كالغنيمة ولا فرق بين كون القتل بسيف أو عصا أو حجر فى قتل الكل وان لم يوجب أبو حنيفة القصاص بالمثقل لان هذا ليس بطريق القصاص فلا يستدعى المماثلة ولهذا يقتل غير المباشر (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح) فما كان من جراحة يجرى فيها القصاص (اقتص وما كان لا يجرى فيه ذلك لزمه الارش) ويعرف ما يقتص به وما لا يقتص فى الجنايات ان شاء الله رب العالمين وهذا (لانه لاحد فى هذه الجناية) من قطع أو قتل

والبعج الشق من حد منع قوله (وعن الكرخي مثله) أى مثل ما نقل عن أبى يوسف انه قال يصلب وهو حى ويطعن بالرمح حتى يموت وقوله (توقيا عن المثلة) لانها منهى عنها نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور وقوله (بما ذكرنا) أى بالصلب ثلاثة أيام قال (واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه) اذا قتل قاطع الطريق فلا ضمان عليه فى مال أخذه كما لو سرق فقطع يده وكلامه واضح وقوله (انحازوا اليهم) أى انضموا وقوله (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح) جعله الامام التمرتاشى حالة خامسة من أحوال قطاع الطريق والمصنف لم يذكرها فى الاجمال بل قال هى أربعة لان مراد المصنف الاحوال التى تدل عليها الاجزية المذكورة فى النص حدا وهى أربعة كما ذكره

(قوله أى مثل ما نقل عن أبى يوسف) أقول فيه بحث فان المراد مثل ما قال القدورى قال المصنف (وانما الشرط القتل من واحد منهم) أقول لعل فيه تسامحا والمراد ظاهر أى من واحد منهم لا أقل

قوله (سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال) بناء على أن مادون النفس يجري مجرى الاموال فكان سقوط العصمة في حق المال سقوط العصمة في حق الجرح لان موجب الارش هو المال لانه لو لم يسقط لصارت شبهة في وجوب القطع اذ الجناية واحدة وهي قطع الطريق فاذا ظهر حق العبد علم أن حق الله ليس بموجود فيه وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع وقوله (فان شاء الاولياء قتلوه) يعني قصاصا وقوله (للاستثناء المذكور في النص) يريد به قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم الآية واعترض بأن قوله الا الذين تابوا ههنا نظيره وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا قيل هو استثناء من قوله ولهم في الآخرة عذاب عظيم اذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين وأجيب بأن قوله وأولئك هم الفاسقون لا يصلح جزاء وقد قررناه في التقرير بخلاف قوله ولهم في الآخرة عذاب عظيم واعترض أيضا بأن التوبة متوقفة على أداء المال أولا فان كان الثاني لا يستقيم التعليل بقوله ولان التوبة تتوقف على رد المال وان كان الاول كان الوجه الثاني داخلا في الوجه الاول فلا يكون علة مستقلة اذ لا يصح أن يكون الشيء الواحد جزء علة وعلة مستقلة بالنسبة الى حكم واحد وأجيب بأن بعض المشايخ ذهبوا الى أن الحد يسقط بنفس التوبة وهي الاقلاع في الحال والاجتناب في المآل والندم على ما مضى والعزم على أن لا يعود اليه أبدا ولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال وذهب بعضهم الى أن الحد لا يسقط ما لم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها فالمصنف جمع بين قولي المشايخ من هذا الطريق ذكر الاختلاف الامام المحقق فخر الاسلام في مبسوطه وقوله (ولا قطع في مثله) أي في مثل ما اذا رد المال الى المالك لان الخصومة الى تنقطع برد المال اليه وهي شرط لوجوب القطع وقوله (فظهر حق العبد) يعني لما انتفى حق الشرع وهو القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة برد المال (ظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو)

فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي (وان أخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات) لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال (وان أخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه) لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو

(فظهر حق العبد فيستوفيه الولي وان أخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله) من خلاف (وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس) أي ما حل بها من تفريق اتصال الجسم بالجراحات (حقا للعبد كما تسقط عصمة المال) ولذا تبطل الجراحات اذا قتل فقتل حدا لان الحد والضمان لا يجتمعان (قوله وان أخذ بعد ما تاب) سقط الحد عنه بلا خلاف بالنص قال تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فان كان قد قتل (فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه) لان هذا القتل قصاص فصح العفو عنه والصلح به وحينئذ لا بد أن يكون قتل بحديد ونحوه لان القصاص لا يجب بالعصا ونحوه عند أبي حنيفة وكذا اذا كان أخذ مالا ثم تاب فان صاحبه ان شاء تركه وان شاء ضمنه ان كان هالكا وبأخذه ان كان قائما لانه لا يقطع بعد التوبة لسقوط الحد (فظهر حق العبد في ماله كما في النفس) وفي المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لتنقطع به خصومة صاحبه ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيه فقيل لا يسقط الحد كسائر الحدود لا تسقط بالتوبة وقيل يسقط أشار اليه محمد في الاصل لان التوبة تسقط الحد في السرقة الكبرى بخصوصها للاستثناء في النص فلا يصح قياسها على باقي الحدود ومع معارضة النص وسائر الحدود لا تسقط بالتوبة عندنا وبه قال مالك وأحمد في رواية والشافعي في قول وعنهما تسقط لقوله تعالى واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ونحن نقطع بأن رجم ماعز والغامدية كان بعد توبتهما والآية منسوخة انما كان ذلك في أول الامر واذا عرف هذا فقول المصنف ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله شبه التناقض لانها اذا توقفت على رد المال فأخذ القاطع قبل الرد أخذ قبل التوبة والأخذ قبل التوبة بعد أخذ المال فيه الحد بقطع اليد والرجل أجيب بفرض المسئلة فيما اذا رد بعضه فانه علامة توبته فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد فيجب الضمان لو هلك الباقي أو استهلكه ومثل ما لو أخذوا بعد التوبة في سقوط الحد والرجوع الى القصاص وتصرف الاولياء فيه وفي المال ما لو أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا ولكن أخذوا من المال قليلا لا يصيب كلا نصاب فان الامر في القتل والجرح

(قوله لان موجب الارش) أقول الظاهر أن يقال موجب الجرح (قوله وان كان الاول الخ) أقول لنا أن نختار الاول ونمنع قوله كون الوجه الثاني داخلا الخ فان الداخل فيه هي المقدمة الاولى فقط فان تقرير الوجه الثاني أن التوبة تكون برد المال واذا رد المال فلا خصومة فلا قطع كما ذكره على أن توقفها عليه في نفس الامر أمر وملاحظته أمر آخر ولا يستلزم الاول الثاني وهذا كلام اجمالي والعاقل يكفيه الاشارة

وقوله (ويجب الضمان) معطوف على قوله حتى يستوفى ولى القصاص واعترض بان وجوب الضمان لسقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة والتوبة تتوقف على رد المال عند بعض المشايخ فكيف يتصور الهلاك أو الاستهلاك بعد الرد الى المالك وأجيب بانا نفرض المسئلة فيما اذا تاب ورد بعض المال بان يرد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض الآخر أو هلك فى يده

ويجب الضمان اذا هلك فى يده أو استهلكه (وان كان من القطاع صبى أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين) فالمذكور فى الصبى والمجنون قول أبى حنيفة وزفر وعن أبى يوسف انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له أن المباشر أصل والردء تابع ولا خلل فى مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل فى التبع وفى عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم

الى الاولياء ان شاؤا قتلوا قصاصا وان شاؤا عفوا وقال عيسى يقتلهم الامام حدا لانهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيأ من المال قتلهم حدا لا قصاصا وهذا الان ما دون النصاب كالعدم ولانه تتغلظ جنايتهم بأخذ شئ من المال فلا يسقط الحد والاصح ما ذكر فى الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود وهم يقصدون بالقطع أخذ المال وقتلهم ليس الا ليصلوا اليه فاذا تركوا أخذ المال عرفنا أن قصدهم القتل لا القطع لان القطع ليس الا للمال فيقتص منهم ان شاء الولى ويجرى فيه أحكام القصاص (قوله وان كان من القطاع صبى أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين) فتظهر أحكام القصاص وتضمين المال والجراحات وفى المبسوط تابوا وفيهم عبد قطع يد حر دفعه مولاه أو فداه كما لو فعله فى غير قطع الطريق وهذا لانه لا قصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء فان كانت فيهم امرأة فعلت ذلك فعليها دية اليد فى مالها لانه لا قصاص بين الرجال والنساء فى الاطراف والواقع منها عمد لا تعقله العاقلة قال المصنف (فالمذكور فى الصبى والمجنون قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله وعن أبى يوسف أنه لو باشر العقلاء) الاخذ والقتل (يحد الباقون) وان باشر ذلك الصبى والمجنون فلا حد على الباقين قيل كان الوجه أن يقول وقال أبو يوسف بعد أن قال المذكور فى الصبى والمجنون قول أبى حنيفة وزفر أو يقول المذكور ظاهر الرواية عن أصحابنا وعن أبى يوسف كما قال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى وغيره ولم يذكر قول محمد واكتفى بقوله العقلاء عن البالغين فان العقلاء عما يقال فى مقابلة الصبيان والمجانين (وعلى هذا السرقة الصغرى) ان ولى المجنون أو الصبى اخراج المتاع سقط الحد عن الكل وان ولى غيرهما قطعوا الا الصبى والمجنون وقالت الائمة الثلاثة وأكثر أهل العلم لا يسقط الحد عن غير الصبى والمجنون وذى الرحم لانها شبهة اختص بها واحد فلا يسقط الحد عن الباقين (لابى يوسف أن المباشر أصل والردء تابع فنى مباشرة العاقل الخلل فى التبع ولا عبرة به بعد أن لا خلل فى الاصل) فيحد الباقون (وفى عكسه) وهو أن يباشر الصبى والمجنون (ينعكس المعنى) وهو السقوط عن الاصل فان السقوط حينئذ فى التبع فينعكس الحكم وهو حد الباقين فلا يحدون (ولهما) أى لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن قطع الطريق جناية واحدة) لان الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير أنها لا تتحقق فى الغالب الا بجماعة فكان الصادر من الكثير جناية واحدة (قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا) للحد لشبهة أو عدم تكليف لا يوجب فى حق الباقين لان (فعل الباقين) حينئذ (بعض العلة و) ببعض العلة (لا يثبت الحكم وصار كالخاطئ مع العامد) اذا اجتمعا فى قتل معصوم الدم يسقط القصاص عن العامد (وأما ذو الرحم المحرم فقيل تأويله) أى تأويل سقوط الحد عن الكل (أن يكون المال مشتركا بين المقطوع عليهم) وفى

حيث تصح توبته ويجب الضمان وأقول هذا انما يتم أن لو كانت التوبة متوقفة على رد المال فى الجملة عند القائلين بذلك فأما اذا كانت متوقفة على رد جميع الاموال فلا يتم ويجوز أن يقال هذا الوضع انما هو على قول البعض الآخر من المشايخ وقوله (وفى عكسه ينعكس المعنى والحكم) يعنى اذا باشر غير العقلاء صار الخلل فى الاصل وله الاعتبار فلا يجب الحد على الكل وقوله (فصار كالخاطئ مع العامد) يعنى اذا رمى بسهم الى انسان عمدا ورماه آخر خطأ وأصابه السهمان معا ومات منهما فلا يجب القصاص على العامد لان الفعل واحد فيكون فعل الخاطئ شبهة فى حق العامد وقوله (فقد قيل تأويله) ذهب أبو بكر الرازى الى أن المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم

(قوله واعترض بأن وجوب الضمان الخ) أقول المعترض هو الكاكى والاتقانى (قوله وأجيب بانا نفرض المسئلة الخ) أقول المجيب هو الكاكى والاتقانى (قال المصنف قول أبى حنيفة وزفر) أقول أى قولهما قولا واحدا فلا غبار فى قوله وعن أبى يوسف قال المصنف (لو باشر العقلاء) أقول أطلق العقلاء ليدل على الكمال فالمراد العقلاء البالغون

وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من أحدهم فانه لايجب الحد على الباقين لان المأخوذ شئ واحد فاذا امتنع عن أحدهم بسبب القرابة امتنع عن الباقين وأما اذا كان لكل واحد منهم مال مفرد فالحد يجرى عليهم لان الاخذ من كل واحد منهم لاتعلق له بغيره كالو سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم من أحدهم مالا ومن حرز أجنبي مالا آخر بخلاف ما اذا سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم ماله ومال غيره لأن الشبهة هنالك في الحرز ولامعتبر بالحرز في قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله (والاصح انه مطلق) أي ليس بمقيد بكون المال مشتركا (لان الجناية واحدة على ماذكرناه) لابي حنيفة وزفر (فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين) بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز آخر لان كل واحد من الفعلين ينفصل عن الآخر حقيقة وحكما وقوله (بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن) جواب سؤال تقديره قطع الطريق على المستأمن لايوجب الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغي أن يسقط وجود المستأمن فيهم أيضا وتقرير الجواب أن الامتناع في حق المستأمن لخلل في العصمة (وهو) أي الخلل (يخص المستأمن) فلايصير شبهة لان الشبهة في غير الحرز لاتؤثر في الذي لاشبهة فيه كما اذا سرق الحر وعشرة دراهم وأما وجود ذي الرحم المحرم من قطاع الطريق فيورث شبهة في الحرز لان القافلة بمنزلة بيت واحد فكان هذا كقريب سرق مال القريب ومال الاجنبي من بيت القريب فانه لايقطع لشبهة تمكنت في الحرز وقوله (ومن قطع الطريق) ظاهر

فهو

والاصح أنه مطلق لان الجناية واحدة على ماذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه أما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد (واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء) لظهور حق العبد على ماذكرناه (فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد) لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة (ومن قطع الطريق ليلا أو نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق) استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة

القطاع ذو رحم محرم من أحدهم فلايجب الحد على الباقين باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم وتصير شبهة في نصيب الباقين فلايجب الحد عليهم لان المأخوذ شئ واحد فاذا امتنع في حق أحدهم بسبب القرابة يمتنع في حق الباقين فأما اذا لم يكن المال مشتركا فان لم يأخذوا المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك وان أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المأخوذ من ذلك الغير (والاصح أنه يجرى على الاطلاق) وأنهم لايحدون بكل حال لأن مال جميع القافلة في حق قطاع الطرق كشئ واحد لأنه محرز بحرز واحد وهو القافلة (والجناية واحدة) وهي قطع الطريق (فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين) بخلاف السرقة من حرزين لان كل واحد من الفعلين هنالك منفصل عن الآخر حقيقة وحكما واذا كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لايحدون كذي الرحم المحرم (قوله بخلاف ما اذا كان فيهم) أي في المقطوع عليهم وهو القافلة (مستأمن) جواب عن مقدر هو أن القطع على المستأمن وحده لايوجب حد القطع كما على ذي الرحم المحرم ثم عند اختلاط ذي الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة في الحد فكذا يجب عند اختلاط المستأمن كذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم أجاب بأن (الامتناع في حق المستأمن انما كان لخلل في عصمة نفسه وماله وهو أمر يخصه أما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد) فيصير كأن القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب (واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء ان شاؤا عفوا وان شاؤا اقتصوا) ويجرى الحال في المال على ماذكر من قريب ولو لم يقع القتل والاخذ الا في المستأمنين لاحد عليهم ولكن يضمنون أموال المستأمنين لثبوت عصمة أموالهم للحال وان لم يكن معصوما على التأبيد والله تعالى أعلم (قوله واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد) وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في دار واحدة فلايجب الحد واذا لم يجب الحد وجب القصاص في النفس ان قتل عمدا بحديدة أو بمثقل عندهما ورد المال ان أخذه وهو قائم وضمانه ان هلك أو استهلكه (قوله ومن قطع الطريق ليلا أو نهارا في المصر أو بين الكوفة والحيرة) وهي منزل النعمان ابن المنذر قريب من الكوفة بحيث يتصل عمران احداهما بالاخرى (فليس بقاطع الطريق استحسانا) وكذا بين القريتين وحد بعضهم مكان القطع أن يكون في قرية بينها وبين المصر مسيرة سفر في ظاهر الرواية (وفي القياس) أن (يكون قاطعا وهو قول الشافعي) فان في وجيزهم من أخذ في البلد مالا مغالبة

(قوله ذي الرحم المحرم من أحدهم) أقول أي ذي رحم من أحد السراق قال المصنف (فصارت القافلة كدار واحدة) أقول الاولى كبيت واحد لانه قد يكون في الدار الواحدة مقاصير كما سبق

وعن أبي يوسف أنه يجب الحد اذا كان خارج المصر وان كان بقرب ه لانه لا يلحقه الغوث وعنه إن قاتلوا نهارا بالسلاح أوليلا به أو بالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالى ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك فى المصر وبقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا أنهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا (ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة) وهى مسئلة القتل بالمثقل وسنبين فى باب الديات ان شاء الله تعالى (وان خنق فى المصر غير مرة قتل به) لانه صار ساعيا فى الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله تعالى أعلم

فهو قاطع طريق (وعن أبي يوسف أنه اذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يجب الحد لانه لا يلحقه الغوث) لانه محارب بل مجاهرته هنا أغلظ من مجاهرته فى المفازة ولا تفصيل فى النص فى مكان القطع وعن مالك كل من أخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب وعنه لا محاربة الا على قدر ثلاثة أميال من العمران وتوقف أحمد مرة وأكثر أصحابه أن يكون بموضع لا يلحقه الغوث (وعن أبي يوسف) فى رواية أخرى ان قصده بالسلاح نهارا فى المصر فهو قاطع وان كان بغيره من الخشب ونحوه فليس بقاطع وفى الليل يكون قاطعا بالخشب والحجر (لان السلاح لا يلبث) فيتحقق القطع قبل الغوث (والغوث يبطئ بالليالى) فيتحقق بلا سلاح وفى شرح الطحاوى الفتوى على قول أبي يوسف قال المصنف (ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك فى المصر وما يقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث) وأنت تعلم أن الحد المذكور فى الآية لم ينط بمسمى قطع الطريق وانما هو اسم بين الناس وانما أنيط بمحاربة عباد الله على ما ذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق فى المصر وخارجه ثم هذا الدليل المذكور لا يفيد تعيين مسيرة ثلاثة أيام بين المصر والقاطع ولا شك فى أن ليس لحوق الغوث فى ذلك المقدار ظاهرا وهو ما علل به الظاهر واذا قلنا انهم ليسوا قطاعا فسبيلهم أن يضربوا ويحبسوا وان قتلوا لزم القصاص وأحكامه وان أخذوا مالا ضمنوه اذا أتلفوه وعلى تقدير أنهم قطاع ان قتلوا وقتلوا احدا فلا يقبل عفو الاولياء فيهم ثم لا يضمنون على ما سمعت وقوله (لما بينا) أى من قوله لظهور حق العبد عند اندفاع الحد (قوله ومن خنق رجلا حتى قتله لزمته الدية على عاقلته عند أبي حنيفة وهى مسئلة القتل بالمثقل وسنبينه ان شاء الله تعالى فى الديات) وظاهر أنها ليست مسئلة المثقل وانما المعنى أنها مثلها فى ثبوت الشبهة عنده فى العمد حيث كانت الآلة فيها قصور يوجب التردد فى انه قصد قتله بهذا الفعل أو قصد المبالغة فى ايلامه وادخال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتماله لذلك (فان خنق غير مرة قتل) الآن لانه ظهر قصده الى القتل بالتخنيق حيث عرف افضاؤه الى القتل ثم صار يعتمده (ولانه صار ساعيا فى الارض بالفساد) وكل من كان كذلك (يدفع شره بالقتل) ﴿فروع﴾ نص فى الاصل على أن العبد والمرأة فى حكم قطع الطريق كغيرهما أما العبد فظاهر وأما المرأة فكغيرها فى السرقة الكبرى فى ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوى لأن الواجب قطع وقتل وهى كالرجل فى جريان كل منهما عليها عند تحقق السبب منها وذكر الكرخى أن حد قطاع الطريق لا يجب على النساء لان السبب هو المحاربة والمرأة بأصل الخلقة ليست محاربة كالصبي ألا ترى أنها فى استحقاق ما يستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يسوى بين الرجل والمرأة فكذا فى العقوبة المستحقة بالمحاربة ولكن يرد على هذا العبد فانه لا يساوى الحر فى استحقاق الغنيمة ويساويه فى هذا الحد وفى الصبيان والمجانين لعدم أهلية العقوبة وذلك لا يوجد فى النساء وذكر هشام فى نوادره عن أبي يوسف اذا قطع قوم الطريق ومعهم امرأة فباشرت المرأة القتل وأخذت المال دون الرجال فانه يقام الحد عليهم لا عليها وقال محمد يقام عليها ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة أنه يدرأ عنهم جميعا لكون المرأة

وقوله (ولا يتحقق ذلك فى المصر وبقرب منه) قدر البعد بين المصرين وبين القطاع مسيرة سفر فى ظاهر الرواية وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لظهور حق العبد وقوله (ومن خنق رجلا) بالتخفيف من خنقه اذا عصر حلقه والخانق فاعله ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون كذا عن الفارابى

﴿ كتاب السير ﴾

السير جمع سيرة وهى الطريقة فى الامور وفى الشرع تختص بسير النبى عليه الصلاة والسلام فى مغازيه

فيهم وجعل المرأة كالصبى والعجب ممن يذكر هذه أعنى كون المرأة مع الرجال فى القطع ثم يقتصر على ذكر الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فيها ويذكر حاصل هاتين الروايتين عنهما ويترك نقل ما فى المبسوط من أنها كالرجال منسوبا الى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه وورود النقض الصحيح على مختار الكرخى بالعبد كما ذكرنا وممن نقل ذلك صاحب الدراية وصاحب الفتاوى الكبرى والمصنف فى التجنيس وغيرهم مع ضعف الاوجه المذكورة فى التفرقة مثل الفرق بضعف البنية فى أصل الخلقة ومثل ذلك من الكلام الضعيف مع مصادمته اطلاق الكتاب فى المحاربين ولا قوة الا بالله وما فى النوازل من قوله عشر نسوة قطعن الطريق فقتلن وأخذن المال قتلن وضمن المال بناء على غير الظاهر من انهن لسن محاربات وعلله بان المرأة اذا قاتلت العدو وأسرت لم تقتل وانما قتلن بقتلهن والضمان لاخذهن المال ويثبت قطع الطريق بالاقرار مرة واحدة وأبو يوسف شرط مرتين كقوله فى السرقة الصغرى ويقبل رجوع القاطع كما فى السرقة الصغرى فيسقط الحد ويؤخذ بالمال ان كان أقر به معه وبالبينة بشهادة اثنين على معاينة القطع أو الاقرار فلو شهد أحدهما بالمعاينة والآخر على اقرارهم به لا يقبل ولا تقبل الشهادة بالقطع على أبى الشاهد وان علا وابنه وان سفل ولو قالا قطعوا علينا وعلى أصحابنا وأخذوا مالنا لا يقبل لانهما شهدا لأنفسهما ولو شهدوا أنهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولى يعرف أو لا يعرف لا يقيم الحد عليهم الا بحضر من الخصم ولو قطعوا فى دار الحرب على تجار مستأمنين أو فى دار الاسلام فى موضع غلب عليه أهل البغى ثم أتى بهم الى الامام لا يمضى عليهم الحد لانهم باشروا السبب حين لم يكونوا تحت يده وفى موضع لا يجرى به حكمه فلم ينعقد فعلهم موجبا عليه الاقامة عليهم فلا يفعله ومثله تقدم فى الزنا فى دار الحرب ولو رفعوا الى قاض يرى تضمينهم المال فضمنهم وسلمهم الى أولياء القود فصالحوهم على الديات ثم رفعوا بعد زمان الى قاض آخر لم يقم عليهم الحد إما لتقادم العهد وفيه نظر أو لعدم الخصم وقد سقط خصومتهم بما وصل اليهم أو لقضاء الاول فيتم بذلك لنفاذه اذ هو فى فصل مجتهد فيه من تقرر الضمان واذا قضى القاضى عليهم بالقتل وحبسهم لذلك فذهب أجنبى فقتلهم لا شئ عليه وكذا لو قطع يده لانه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة أطرافه ولو قتله قبل الثبوت عليه ثم قامت البينة بقطعه الطريق اقتص منه لانه قتل نفسا معصومة ثم لا يقضى القاضى بحل دمه بهذه البينة بعد ما قتل لفوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها الا أن يكون القاتل ولى الذى قتله القاطع فى قطع الطريق فلا يلزمه شئ لظهور أنه استوفى حق نفسه ولو أن لصوصا أخذوا متاع قوم فاستغاثوا بقوم وخرجوا فى طلبهم ان كان أرباب المتاع معهم حل قتالهم وكذا اذا غابوا والخارجون يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم وان كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد عليهم لا يجوز لهم أن يقاتلوهم لان القتال للاسترداد للرد على أرباب الاموال ولا قدرة على الرد ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوه لا شئ عليهم لانهم قتلوه لاجل مالهم فان فر منهم الى موضع أو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لانهم قتلوه لا لأجل مالهم وكذا لو فر رجل من القطاع فلحقوه وقد ألقى نفسه فى مكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لان قتلهم اياه لا لأجل الخوف على الاموال ويجوز للرجل أن يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد

﴿ كتاب السير ﴾

أورد الجهاد عقيب الحدود لانه بعد أن ناسبها بوجهين باتحاد المقصود من كل منها ومن مضمون هذا الكتاب

﴿ كتاب السير ﴾

قدم الحدود على السير لان كل واحد منهما حسن لمعنى فى غيره وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به الا أن الحدود معاملة مع المسلمين غالبا أو على الخصوص فى حد الشرب وفى السير المعاملة مع الكفار وتقديم ما بالمسلمين أولى (والسير جمع سيرة) وهى فعلة من السير (وهى الطريقة فى الامور وفى الشرع تختص بسير النبى صلى الله عليه وسلم فى مغازيه) قال فى المغرب أصل السيرة حالة السير الا أنها غلبت فى لسان الشرع على أمور المغازى وما يتعلق بها كالمناسك على أمور الحج والمغازى جمع المغزاة من غزوت العدو قصدته للقتال وهى الغزوة والغزاة والمغزاة

﴿ كتاب السير ﴾

(قوله وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به) أقول احتراز عن مثل الوضوء فان ذلك الغير فيه لا يتأدى بفعل المأمور به بل يفتقر الى اتيان به على حدة وهو الصلاة وتفصيله فى كتب الاصول فى باب الامر (قوله الا أن الحدود معاملة مع المسلمين الخ) أقول أى بلا ايراد شئ أجنبى بينهما فلا يرد أن يقال يكفى فى بيان وجه التقديم أن يقال لان الحدود معاملة مع المسلمين الخ وما عداه غير محتاج اليه

الكتاب وهو اخلاء العالم من الفساد و يكون كل منهما حسن لحسن لغيره وذلك الغير وهو اعلاء كلمة الله تعالى يتأدى بفعل نفس المأمور به وهو القتال وجب تأخيره عنهما لوجهين كون الفساد المطلوب الاخلاء عنه بالجهاد أعظم كل فساد وأقبحه والعادة في التعاليم الشرعية فيها على وجه الترقي من الادنى الى ماهو أعلى منه وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين وتقديم مايتعلق بالمسلمين أولى ولا يخفى أن له مناسبة خاصة بالعبادات فلذا أورده بعض الناس عقيبها قبل النكاح لانه عبادة محضة بخلاف النكاح (والسير جمع سيرة) وهي فعلة بكسر الفاء من السير فيكون لبيان هيئة السير وحالته لان فعلة للهيئة كجلسة وخمرة وقد استعملت كذلك في السير المعنوى حيث قالوا في عمر بن عبد العزيز سار فينا بسيرة العمرين لكن غلب في لسان أهل الشرع على الطرائق المأمور بها في غزو الكفار وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة وقد يقال كتاب الجهاد وهو أيضا أعم غلب في عرفهم على جهاد الكفار وهو دعوتهم الى الدين الحق وقتالهم إن لم يقبلوا وفي غير كتب الفقه يقال كتاب المغازى وهو أيضا أعم جمع مغزاة مصدرا سماعيا الغزاة الاعلى الوحدة والقياسي غزو وغزوة للوحدة كضربة وضرب وهو قصد العدو للقتال خص في عرفهم بقتال الكفار هذا وفضل الجهاد عظيم وكيف لا وحاصله بذل أعز المحبوبات وادخال أعظم المشقات عليه وهو نفس الانسان ابتغاء مرضاة الله تعالى وتقربا بذلك اليه سبحانه وتعالى وأشق منه قصر النفس على الطاعات في النشاط والكسل على الدوام ومجانبة أهويتها ولذا قال عليه الصلاة والسلام وقد رجع من مغزاة رجعنا من الجهاد الاصغر الى الجهاد الاكبر ويدل على هذا أنه عليه الصلاة والسلام أخره في الفضيلة عن الصلاة على وقتها في حديث ابن مسعود قلت يارسول الله أى الاعمال أفضل قال الصلاة على ميقاتها قلت ثم أى قال بر الوالدين قلت ثم أى قال الجهاد في سبيل الله ولو استزدته لزادني رواه البخارى وقد جاء أنه صلى الله عليه وسلم جعله أفضل بعد الايمان في حديث أبي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أى العمل أفضل قال ايمان بالله ورسوله قيل ثم ماذا قال الجهاد في سبيل الله قيل ثم ماذا قال حج مبرور متفق عليه وهذه وان كانت صورة معارضة لكن الجمع بينهما بحمل كل على ما يليق بحال السائل فاذا كان السائل يليق به الجهاد لما علمه من تهيئته له واستعداده زيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة اليه أفضل ممن ليس مثله في الجلادة والغناء وفيه نظر لان المذكور في الحديث السابق الصلاة على وقتها وتلك هى الفرائض وفي هذا لايتردد في أن المواظبة على أداء فرائض الصلاة وأخذ النفس بها في أوقاتها على ماهو المراد من قوله الصلاة على ميقاتها أفضل من الجهاد ولان هذه فرض عين وتتكرر والجهاد ليس كذلك ولان افتراض الجهاد ليس الا للايمان واقامة الصلاة فكان مقصودا وحسنا لغيره بخلاف الصلاة حسنة لعينها وهى المقصود منه على ماصرح به عليه الصلاة والسلام في حديث معاذ وفيه طول الى أن قال والذى نفس محمد بيده ماشحب وجه ولا اغبرت قدم في عمل يبتغى به درجات الآخرة بعد الصلاة المفروضة كجهاد في سبيل الله صححه الترمذى واذا لاشك في هذا عندنا وجب أن يعتبر كل من الصلاة والزكاة مرادة بلفظ الايمان في حديث أبي هريرة ويكون من عموم المجاز أو يرجح بزيادة فقه الراوى وهو ابن مسعود رضى الله عنه وبما عضده من الاحاديث السابقة والحق أنه ليس فيه معارضة لانه لم يذكر الصلاة فيه أصلا فانما فيه أنه جعل الجهاد بعد الايمان وهو يصدق اذا كان بعد الصلاة وهى قبله بعد الايمان فلا معارضة الا اذا نظرنا الى المقصود ومن الاحاديث في ذلك ماعن عمران بن حصين رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مقام الرجل في الصف في سبيل الله أفضل عند الله من عبادة الرجل ستين سنة رواه الحاكم وقال على شرط البخارى وعن أبي هريرة قيل يارسول الله مايعدل الجهاد في سبيل الله قال لاتستطيعونه فأعادوا عليه مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لاتستطيعونه

قال المصنف (الجهاد فرض على الكفاية) أقول أى فرض لاجل كفاية مهم دينى على أن يكون على للتعليل كما فى قوله تعالى ولتكبروا الله على ماهداكم أى لهدايته اياكم ويجوز أن يكون للمصاحبة كما فى قوله تعالى وآتى المال على حبه ويجوز أن يكون المضاف مقدرا وعلى للاستعلاء أى على أهل الكفاية على أن المصدر بمعنى اسم الفاعل أى على الكفاة فيكون المراد تقرر الفرضية والا فهو فرض على الكل ابتداء على المختار وفى المحيط البرهانى والذخيرة قال أبو حنيفة الجهاد واجب على المسلمين الا أن المسلمين فى سعة من ترك الجهاد حتى يحتاج اليهم واختلف عبارة المشايخ فى ذلك قال بعضهم الجهاد واجب على المسلمين فاذا جاء النفير فهو فريضة وفرق هذا القائل بين الفريضة والواجب والفرق بينهما ظاهر نظرا الى الاحكام حتى إن الصلاة المنذورة لا تؤدى بعد صلاة العصر وتقضى الفوائت بعد العصر وبعضهم قال الجهاد قبل النفير تطوع (٢٧٨) وبعد النفير فرض عين ومنه سمى الغزاة مطوعة أى متطوعة قال الله تعالى الذين يلمزون المطوعين من المؤمنين أراد المتطوعين وأكثرهم أنه فرض على كل حال غير أنه قبل النفير فرض كفاية وبعد النفير فرض عين وانما عرفت فرضيته بالكتاب قال الله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم انتهى ونحن نقول هذا يدل على أن مراد صاحب الهداية بقوله الجهاد فرض على الكفاية هو الفرض القطعى الذى يكفر جاحده فان قيل فيلزم أن يكفر من قال بوجوبه أو استحبابه من أصحابنا ومن غيرهم حيث قال السرخسى فى المحيط الجهاد فريضة محكمة وفضية محتومة يكفر جاحدها ويضلل عاندها وكذا قال صاحب الاختيار الجهاد فريضة محكمة ويكفر جاحدها ثبت فرضيتها بالكتاب والسنة واجماع الأمة قلنا انما يكفر منكر الفرض لو لم يكن مؤولا قال فى معراج الدراية وأجمعت الامة على فرضية الجهاد وفى الايضاح خبر الواحد اذا تأيد بالكتاب والسنة والاجماع يفيد الفرضية وههنا كذلك قوله اذا وهو أى الجهاد فرض على الكفاية وبه قال أكثر أهل العلم الا ابن المسيب فانه قال فرض عين للعمومات فى النصوص وحكى عن ابن شبرمة والثورى أنه غير واجب وهكذا روى عن ابن عمر وسئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب قالا ما علمناه واجبا وقالوا قوله تعالى كتب عليكم القتال للندب كما فى قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية انتهى فان قيل قوله وأجمعت الامة على فرضية الجهاد مخالف لما يقوله بعده من أنه حكى عن ابن شبرمة والثورى أنه غير واجب وهكذا روى عن ابن عمر وسئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب قالا ما علمناه واجبا قلنا قوله حكى يدل على أن لهما قولا آخر هو أظهر القولين منهما وهو القول بالوجوب وسيؤول كلام ابن عمر وعطاء وعمرو بن دينار بأن مرادهم الفرضية على الكفاية نعم لا يلائم ذلك التاويل قوله وقالوا قوله تعالى كتب عليكم القتال للندب كما فى قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية فليتأمل

قال (الجهاد فرض على الكفاية

ثم قال مثل المجاهد فى سبيل الله كمثل الصائم القائم القانت بآيات الله لا يفتر عن صلاته ولا صيامه حتى يرجع المجاهد فى سبيل الله متفق عليه وعن أبى هريرة رضى الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام من احتبس فرسا فى سبيل الله ايمانا بالله وتصديقا بوعده فان شبعه وريه وروثه وبوله فى ميزانه يوم القيامة رواه البخارى ومن توابع الجهاد الرباط وهو الاقامة فى مكان يتوقع هجوم العدو فيه لقصد دفعه لله تعالى والاحاديث فى فضله كثيرة منها ما فى صحيح مسلم من حديث سلمان رضى الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول رباط يوم فى سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه وان مات فيه أجرى عليه عمله الذى كان يعمل وأجرى عليه رزقه وأمن الفتان رواه مسلم زاد الطبرانى وبعث يوم القيامة شهيدا وروى الطبرانى بسند ثقات فى حديث مرفوع من مات مرابطا أمن من الفزع الأكبر ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن أبى هريرة وبعثه الله يوم القيامة آمنا من الفزع وعن أبى امامة عنه عليه الصلاة والسلام قال ان صلاة المرابط تعدل خمسمائة صلاة ونفقته الدينار والدرهم منه أفضل من سبعمائة دينار ينفقه فى غيره هذا واختلف المشايخ فى المحل الذى يتحقق فيه الرباط فانه لا يتحقق فى كل مكان ففى النوازل أن يكون فى موضع لا يكون وراءه اسلام لان مادونه لو كان رباطا فكل المسلمين فى بلادهم مرابطون وقال بعضهم اذا أغار العدو على موضع مرة يكون ذلك الموضع رباطا الى أربعين سنة واذا أغاروا مرتين يكون رباطا الى مائة وعشرين سنة واذا أغاروا ثلاث مرات يكون رباطا الى يوم القيامة قال فى الفتاوى الكبرى والمختار هو الاول * واعلم أن ما ذكر من كون محل الرباط ما وراء المسلمين ذكر فى حديث عن معاذ بن أنس عنه عليه الصلاة والسلام من حرس من وراء المسلمين فى سبيل الله تبارك وتعالى متطوعا لا يأخذه سلطان لم ير النار بعينه الا تحلة القسم فان الله يقول وإن منكم الا واردها رواه أبو يعلى وفيه ابن محتمل فى المتابعات وليس يستلزم كون ذلك باعتبار المكان فقد وردت أحاديث كثيرة ليس فيها سوى الحراسة فى سبيل الله ولنختم هذه المقدمة بحديث البخارى عن أبى هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال تعس عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخميصة زاد فى رواية وعبد القطيفة ان أعطى رضى وإن لم يعط سخط تعس وانتكس واذا شيك فلا انتقش طوبى لعبد آخذ بعنان فرسه فى سبيل الله أشعث رأسه مغبرة قدماه ان كان فى الحراسة كان فى الحراسة وان كان فى الساقة كان فى الساقة ان استأذن لم يؤذن له وان شفع لم يشفع (قوله الجهاد فرض على الكفاية

قيل الجهاد هو الدعاء الى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال وسببه كون الكفار حربا علينا وهو فرض كفاية (اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين) وهو دليل قطعي فيفيد الفرضية (ولقوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيامة) أي نافذ من مضى في الارض مضيا اذا نفذ فان قيل كيف يصح التمسك على دعوى الفرضية بخبر الواحد أجيب بأن خبر الواحد اذا تأيد بالحجة القطعية صح اضافة الفرضية اليه وههنا تأيد هذا الحديث بقوله تعالى فاقتلوا وبالاجماع وفيه نظر لانا لا نسلم انه اذا تأيد بالقطعي أفاد الفرضية فان الفرضية حينئذ تكون ثابتة بذلك القطعي لا بخبر الواحد ويمكن ان يقال الخبر لم يذكر للدلالة على الفرضية بل لبيان دوامه وبقائه الى يوم القيامة فان الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك وخبر الواحد جاز أن يكون بيانا لما احتمله النص (واما كونه فرضا على الكفاية فلانه ما فرض لعينه لكونه افسادا في نفسه) بتخريب البلاد وافناء العباد لكن (لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد

(قوله قيل الجهاد هو الدعاء) أقول القائل صاحب النهاية نقلا عن التحفة وهو لتعريف الجهاد الشرعي (قوله الى الدين) أقول أي الى حكم الدين (قوله بالنفس والمال) أقول الواو ههنا بمعنى أو قال المصنف (أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين) أقول فان قيل انه عام خص منه البعض وهو لكونه حجة فيها شبهة لا يصلح دليل الفرضية وانما قلنا إنه خص

اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين) أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين ولقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض الى يوم القيامة وأراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد

اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين) وهذا واقع موقع تفسير فرض الكفاية (أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين) حيث وجدتموهم وقوله تعالى فقاتلوا أئمة الكفر وقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة وقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله وقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله والتخصيص المعتبر عند أهل الاصول قصر العام على بعض ما يتناوله بدليل مستقل لفظي مقارن للمعنى وبهذه ينتفي ما نقل عن الثوري وغيره أنه ليس بفرض وأن الامر به للندب وكذا كتب عليكم كقوله كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية ونقل عن ابن عمر ويجب حمله ان صح على أنه ليس بفرض عين فان قلت كيف يثبت الفرض وهي عمومات مخصوصة والعام المخصوص ظني الدلالة وبه لا يثبت الفرض والجواب أن المخرج من الصبيان والمجانين مخصوص بالعقل على ما عرف وبالتخصيص به لا يصير العام ظنيا وأما غيرهما فنفس النص ابتداء تعلق بغيرهما فلم يكن من قبيل المخصوص وذلك أن النص مقرون بما يقيده بغيرهم وهو من بحيث يحارب لقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة فأفاد أن قتالنا المأمور به جزاء لقتالهم ومسبب عنه وكذا قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أي لا تكون منهم فتنة

منه البعض فانه قد خص من قوله تعالى اقتلوا الصبيان والمجانين والعبيد والنساء والاعمى والمقعد وخص من المشركين أيضا المستأمن والذمي قلنا أما تخصيص الصبيان والمجانين من الامر فبالعقل كما صرح به في كتب الاصول فلا يقدح في قطعية النص وأما تخصيص البواقي فلا نسلم أنه ليس بطريق النسخ وأيضا لا نسلم انه قد خص المستأمن والذمي ونحوهما من المشركين لم لا يجوز أن يكون اللام للعهد والمعهودون هم الذين ذكروا في قوله وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم فتأمل على أنه لا يبعد أن يكون المصنف منخرطا في سلك العلماء القائلين بان تخصيص العموم لا يضر في كون العام قطعيا في الباقي وما ذكرناه هو الخاص عما أورد على الشارح الاكمل حيث قال وهو دليل قطعي قال المصنف (ولقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض الى يوم القيامة وأراد به فرضا باقيا) أقول الفرضية مستفادة من قوله ماض أي نافذ والنفاذ انما هو في الفرض من بين الاحكام فان في الندب والاباحة لا يجب الامتثال والبقاء من كلمة الى فانه يدل على تضمين معنى الامتداد والبقاء وقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض من مضى الامر نفذ فليتأمل وفي الايضاح خبر الواحد اذا تأيد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية وههنا كذلك كذا في معراج الدراية وقال السرخسي أيضا في محيطه قال عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض منذ بعثني الله الى يوم القيامة حتى تقاتل عصابة من أمتي الدجال وأراد بقوله ماض أي فرض واجب اهـ فان قيل لم لا يجوز أن يكون المضي بمعنى الذهاب وفي الصحاح مضى الشيء مضيا ذهب أي ذاهب باق الى يوم القيامة فلا يصح الاستدلال قلنا الذهاب في تفسير المضي كما وقع في الصحاح بمعنى الخلو تلك أمة قد خلت قال المصنف (لانه ما فرض لعينه الخ) أقول تقرير الدليل ان الجهاد مفروض لغيره فهو فرض الكفاية اذا حصل المقصود بالبعض وانما قلنا ذلك لئلا ينتقض الدليل بالنفير العام فانه مفروض لغيره مع فرض عين لعدم حصول المقصود الا بقيام الكل يشير الى ذلك قوله وهذا لان المقصود عند ذلك لا يحصل الا باقامة الكل فليتأمل

فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام (فان لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه) لان الوجوب على الكل ولان فى اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية (الا أن يكون النفير عاما) فحينئذ يصير من فروض الاعيان

المسلمين عن دينهم بالاكراه بالضرب والقتل وكان أهل مكة يفتنون من أسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الاسلام على ما عرف فى السير فأمر الله سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فلا يقدرون على تفتين المسلم عن دينه فكان الامر ابتداء بقتال من بحيث يحارب من المشركين بالحديث الصحيح وقد أكد هذا قوله صلى الله عليه وآله وسلم فى بعض الروايات الصحيحة لحديث النهى عن قتل النساء حين رأى المقتولة ما كانت هذه تقاتل وأما قوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيامة فدليل على وجوبه وانه لا ينسخ وهذا لان خبر الواحد لا يفيد الافتراض وقول صاحب الايضاح اذا تأيد خبر الواحد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية ممنوع بل المفيد حينئذ الكتاب والاجماع وجاء الخبر على وفقهما والحديث رواه أبو داود من حديث أنس رضى الله عنه قال قال صلى الله عليه وسلم من حديث والجهاد ماض منذ بعثنى الله الى أن يقاتل آخر أمتى الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل والايمان بالاقدار فيه يزيد بن أبى شيبة من بنى سليم لم يروعنه الا جعفر بن برقان وعن هذا والله أعلم قال المنذرى هو فى معنى المجهول ولا شك أن اجماع الامة أن الجهاد ماض الى يوم القيامة لم ينسخ فلا يتصور نسخه بعد النبى صلى الله عليه وسلم وأنه لا قائل أن بقتال آخر الامة الدجال ينتهى وجوب الجهاد وأما كونه على الكفاية فلان المقصود منه ليس مجردا بتلاء المكلفين بل اعزاز الدين ودفع شر الكفار عن المؤمنين بدليل قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله (فاذا حصل ذلك بالبعض سقط) هو لحصول ما هو المقصود منه (كصلاة الجنازة) المقصود منها قضاء حق الميت والاحسان اليه وذهب ابن المسيب الى أنه فرض عين تمسكا بعين الادلة المذكورة اذ بمثلها يثبت فروض الاعيان قلنا نعم لولا قوله تعالى لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر والمجاهدون الآية الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدين أجرا عظيما ولانه لو كان عينا لاشتغل الناس كلهم به فيتعطل المعاش على ما لا يخفى بالزراعة والجلب بالتجارة ويستلزم (قطع مادة الجهاد من الكراع) يعنى الخيل (والسلاح) والاقوات فيؤدى ايجابه على الكل الى تركه للعجز (فلزم أن يجب على الكفاية) ولا يخفى أن لزوم ما ذكر انما يثبت اذا لزم فى كونه فرض عين أن يخرج الكل من الامصار دفعة واحدة وليس ذلك لازما بل يكون كالحج على الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد أن يخرج ففى مرة طائفة وفى مرة طائفة أخرى وهكذا وهذا لا يستلزم تعطيل المعاش فالمعول عليه فى ذلك نص لا يستوى القاعدون ثم هذا اذا لم يكن النفير عاما فان كان) بأن هجموا على بلدة من بلاد المسلمين (فيصير من فروض الاعيان) سواء كان المستنفر عدلا أو فاسقا فيجب على جميع أهل تلك البلدة النفر وكذا من بقرب منهم ان لم يكن بأهلها كفاية وكذا من يقرب ممن يقرب ان لم يكن بمن يقرب كفاية أو تكاسلوا

(قوله كصلاة الجنازة ورد السلام) أقول فانهما فى نفسهما ليس لهما حسن يدل عليه انهما بدون الميت والمسلم عبث بل حسنهما لمعنى فى غيرهما وهو قضاء حق المسلم الميت أو الحى كذا ذكره القاضى الامام أبو زيد (قال المصنف أثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل) أقول لا ينبغى أن يفهم منه أن الوجوب على جميع أهل الارض كافة حتى يسقط عن أهل الهند بقيام أهل الروم اذ لا يندفع بقيامهم الشر عن الهنود المسلمين وان قوله تعالى قاتلوا الذين يلونكم من الكفار يدل على أن الوجوب على أهل كل قطر يقربون الكفار هذا مما سنح به الخاطر الفاتر بعون الله الملك القادر ثم أقول فى قوله أثم جميع الناس لان الوجوب على الكل بحث لان من قال الوجوب على البعض يقول يكون الجميع آثما على تقدير الترك أيضا على ما بين فى الاصول (قال المصنف لان فى اشتغال الكل الخ) أقول إن قيل الأمر لا يدل على التكرار فلا يلزم من كونه فرض عين أن يجب على الكل فى كل وقت حتى يلزم أن تنقطع مادة الجهاد ولم لا يجوز أن يجب فى العمر مرة قلنا سبب الجهاد كون الكفار حربا علينا وهو متعدد فتتعدد الوجوب ثم فى هذا المقام قصة عجيبة وهى أن ابراهيم باشا المقتول عقد مجلسا عاليا فى حضرته فحضر أكثر الموالى وكان البحث عن أول كتاب الجهاد واعترض محمد بن بيرى باشا على قوله وهو دليل قطعى الخ بأن يقال هذا مخالف لما سيجئ ممن الشارح نفسه من أنهم أجمعوا على أنه او مخصوص خص منه الذمى والمستامن فجاز أن يخص منه الاسير قياسا وأجاب عنه الحافظ العجمى المشهور بأنه يجوز أن يكون بالنسبة الى الفاعل قطعيا وبالنسبة الى المفعول ظنيا لما دخله التخصيص فأفحم القائل بذلك الكلام لكنه مردود فان المأمور به وهو القتل لزم أن يكون فرضا يكفر جاحده وواجبا لا يكفر عانده وذا لا يقول به الا المعتوه بل المعلوم من قواعد الاصول أن العام اذا دخله الخصوص سواء كان فاعلا او مفعولا يخرج الدليل المشتمل على ذلك العام من أن يكون قطعيا فلا يثبت به الفرضية

وقوله تعالى (انفروا خفافا وثقالا) أى ركبانا ومشاة أوشبانا وشيوخا أومهازيل وسمانا أوصحاحا ومراضا واعترض بأن قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا عام فما وجه تقييده بالنفير العام وأجيب بأنه رفع الحرج ولان النبى صلى الله عليه وسلم كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام ولان الله تعالى قال لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وجه الاستدلال أن الله تعالى وعد القاعدين عن الجهاد الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعد الوعيد لا الوعد ثم الجهاد يصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدو وهو يقدر عليه وأما من وراءهم فلا يكون فرضا عليهم الا اذا احتيج اليهم إما لعجز القريب عن المقاومة مع العدو وإما للتكاسل فحينئذ يفرض على من يليهم ثم وثم الى أن يفترض على جميع أهل الاسلام شرقا وغربا على هذا التدريج

(قوله فان قيل الى قوله بخبر الواحد) أقول تثبت بخبر الواحد الفرضية على زعم المجتهد صرح به فى كتب الاصول وأمثلته أكثر من أن تحصى (قوله أجيب بأن الخ) أقول المجيب والسائل هو صاحب النهاية (قوله وبالاجماع) أقول فيه بحث فان من أصحابنا من قال انه مندوب ومنهم من قال انه واجب غير فرض صرح به فى المحيط والذخيرة (قوله ويمكن أن يقال الخبر الخ) أقول ويؤيد ماذكره أن الحديث ليس فيه مايدل على ارادة الفرضية وقول المصنف أراد به فرضا باقيا لايدل على انفهام الفرضية من سياق الحديث بل من الدلائل الاخر فان قيل النبى عليه الصلاة والسلام مبعوث لبيان الاحكام قلنا ذلك أيضا لايدل على تعين الفرضية لجواز أن يكون الندب أو الوجوب مع أن فيه تأملا لجواز أن يكون من قبيل الاخبار عن الغيب ثم المراد من قول المصنف اما الفرضية الفرضية المستمرة بدليل آخر كلامه تأمل ولك ان تقول الفرضية تستفاد من قوله عليه الصلاة والسلام ماض فانه من مضى الأمر اذا نفذ والنافذ من بين الاحكام هو الفرض الذى لامرد له والبقاء يستفاد من كلمة الى فانها تتعلق بمضى الامتداد كما ذكرنا (قوله فان الدلائل القطعية فى الباب ليس فيها مايدل على ذلك الخ) أقول لانسلم ذلك فان نسبة أمر الى المشتق تفيد علية المأخذ كما فى السارق والسارقة الآية والزانية والزانى الآية قال المصنف (الا أن يكون النفير عاما) أقول أى الخروج الى الحرب من نفر القوم فى الامر أو الى السفر نفرا ونفيرا أى خرجوا (قوله وقوله انفروا خفافا وثقالا) أقول هذه الآية الشريفة فى سورة التوبة (قوله ولان النبى عليه الصلاة والسلام كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة الخ) أقول فيه بحث فان تخلفهم كان لحفظ المدينة ممن حولها من الكفار فهم أيضا مجاهدون لكنهم ليسوا سواء فى الحسنى للذين خرجوا فان أفضل الاعمال أحزها والجواب أن النفر هو الخروج فتأمل قال المصنف (فيفترض) أقول أشار بصيغة الافتعال الدالة على الكمال الى الكمال فى الفرضية وهو مالا يسقط بفعل البعض (قوله ولان الله تعالى قال لا يستوى القاعدون الى آخر الآية الشريفة) أقول هذه الآية الشريفة فى سورة النساء وفيه بحث فان هذا مبنى على ان يكون قوله تعالى لا يستوى الآية متأخرا من حيث النزول عن قوله تعالى انفروا الآية فان المتقدم لايخصص المتأخر وهو ممنوع كيف وهو مذكور فى سورة النساء المنزلة فى السنة السادسة بالمدينة وهذا فى سورة التوبة التى هى آخر مانزلت وأيضا لانسلم تخلف كثير من أهل المدينة بعد نزول هذه الآية ألا يرى ماجرى على الثلاثة الذين خلفوا من غزوة تبوك الى قوله تعالى ما كان لأهل المدينة ومن حولهم من الاعراب أن يتخلفوا عن رسول الله وأما القول بأن تخلف البعض لضرورة حفظ المدينة من الاعداء حولها فهم أيضا من المجاهدين ليسوا سواء فى الحسنى للذين يجاهدون بالسفر ففيه بحث كما أشرنا لانه حينئذ يجب أن يخرج مازاد على مايندفع به تلك الضرورة مع انه ليس كذلك على ماشهد عليه كتب السير والتواريخ (قوله يفرض على من يليهم ثم وثم الخ) أقول قوله تعالى قاتلوا الذين يلونكم من الكفار الآية يدل أن الجهاد فرض على كل من يلى الكفار من المسلمين على الكفاية فلا يسقط بقيام الروم عن أهل الهند وأهل ماوراء النهر مثلا كما أشرنا اليه

لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية

اوعصوا وهكذا الى أن يجب على جميع أهل الاسلام شرقا وغربا كجهاز الميت والصلاة عليه يجب أولا على أهل محلته فان لم يفعلوا عجزا وجب على من ببلدهم على ماذكرنا هكذا ذكروا وكأن معناه اذا دام الحرب بقدر مايصل الابعدون وبلغهم الخبر والا فهو تكليف مالا يطاق بخلاف انقاذ الاسير وجوبه على الكل متجه من أهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب أن لا يأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه واستدل على ذلك بقوله تعالى (انفروا خفافا وثقالا) قيل المراد به ركبانا ومشاة وقيل شبابا وشيوخا وقيل عزابا ومتزوجين وقيل أغنياء وفقراء وينبغى أن يقال قول آخر وهو كل من هذه أى انفروا مع كل حال من هذه الاحوال وحاصلها أنه لم يعذر أحدا فأفاد العينية وفيه نظر لان الجهاد على كل من ذكر فى التفسير المذكور على الكفاية فلا يفيد تعينها العينية بل الحق أن هذه الآية وما تقدم من الآيات كلها لافادة الوجوب ثم تعرف الكفاية بالآية المتقدمة وأما العينية فى النفير العام فبالاجماع لانه من اغاثة

وقوله (فأول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية) أراد بالاول قوله رحمه الله الجهاد واجب الا أن المسلمين فى سعة اذ الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا فكان فى مجموع المستثنى والمستثنى منه اشارة الى ذلك (وآخره) وهو قوله حتى يحتاج اليهم الى النفير العام قال (وقتال الكفار) الذين امتنعوا عن الاسلام وأداء الجزية (واجب وان لم يبدؤا بالقتال للعمومات) الواردة فى ذلك كقوله تعالى فاقتلوا المشركين وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة كتب عليكم القتال وغيرها فان قيل العمومات معارضة بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه يدل على أن قتال الكفار انما يجب اذا بدؤا بالقتال أجيب بأنه منسوخ وبيانه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان فى الابتداء مأمورا بالصفح والاعراض عن المشركين بقوله فاصفح الصفح الجميل وأعرض عن المشركين ثم أمر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن بقوله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة الآية ثم أذن بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى أذن للذين يقاتلون الآية وبقوله فان قاتلوكم فاقتلوهم ثم أمر بالقتال ابتداء فى بعض الازمان بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين الآية ثم أمر بالبداءة بالقتال مطلقا فى الازمان كلها وفى الاماكن (٢٨٢) باسرها فقال تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة الآية قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الآية وقوله (ولا يجب الجهاد على صبى) ظاهر

وقال فى الجامع الصغير الجهاد واجب الا أن المسلمين فى سعة حتى يحتاج اليهم فأول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لأن المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل (وقتال الكفار واجب) وان لم يبدؤا للعمومات (ولا يجب الجهاد على صبى) لان الصبا مظنة المرحمة

اللهوف والمظلوم هذا من جهة الدراية ثم ذكر الرواية وهو قول محمد (الجهاد واجب الا أن المسلمين فى سعة من تركه حتى يحتاج اليهم) قال (فأول هذا الكلام) يعنى قوله واجب وانهم فى سعة من تركه (إشارة الى أن الوجوب على الكفاية) فانه لا يمكن أن يراد ترك الكل والا لم يكن واجبا فهو ترك البعض (وآخره) وهو قوله حتى يحتاج اليهم (يفيد العينية) اذ صار الحاصل لانه واجب يسع البعض تركه الا أن يحتاج فلا يسع ولا بد من الاستطاعة فيخرج المريض المدنف وأما الذى يقدر على الخروج دون الدفع ينبغى أن يخرج لتكثير السواد فان فيه إرهابا ونفر القوم نفرا ونفيرا اذا خرجوا (قوله وقتال الكفار) الذين لم يسلموا وهم من مشركى العرب أو لم يسلموا ولم يعطوا الجزية من غيرهم (واجب وان لم يبدؤنا) لان الادلة الموجبة له لم تقيد الوجوب ببداءتهم وهذا معنى قوله (للعمومات) لا عموم المكلفين لانه انما يفيد الوجوب على كل واحد فقط فالمراد اطلاق العمومات فى بداءتهم وعدمها خلافا لما نقل عن الثورى والزمان الخاص كالاشهر الحرم وغيرها خلافا لعطاء ولقد استبعد ماعن الثورى وتمسكه بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه لا يخفى عليه نسخه وصريح قوله فى الصحيحين وغيرهما أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث يوجب أن نبدأهم بادنى تأمل وحاصر صلى الله عليه وسلم الطائف لعشر بقين من ذى الحجة الى آخر المحرم أو الى شهر وقد يستدل على نسخ الحرمة فى الاشهر الحرم بقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهو بناء على التجوز بلفظ حيث فى الزمان ولا شك أنه كثر فى الاستعمال (قوله ولا يجب الجهاد على صبى الخ) الوجه الظاهر

(قوله فان قيل الى قوله أجيب الخ) أقول هذه الآية فى سورة البقرة وفيه بحث أما فى السؤال فانه لا عبرة عندنا بمفهوم الشرط فلا تكون معارضة للعمومات وعند القائلين به لا تعارض المنطوق أيضا لكونه أدنى درجة منه وأيضا المعلق بالشرط هو القتل عند المسجد الحرام فان نظم الآية الكريمة هكذا ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فان قاتلوكم فاقتلوهم كذلك جزاء الكافرين ولا شك أنه لا يفهم منه عدم جواز القتال فيما سوى المسجد الحرام بدون بداءتهم وأما فى الجواب فلأن ما يرفع مفهوم المخالفة ليس بناسخ عند نا نص عليه فى التوضيح ويقال شاهدا على ذلك أن النسخ هو أن يرد دليل شرعى متراخيا عن دليل شرعى مقتضيا خلاف حكمه والمفهوم ليس بدليل شرعى فليتأمل فانه يمكن دفعه بارتكاب أدنى مسامحة (قوله بقوله تعالى فاصفح الصفح الجميل) أقول هذه الآية الشريفة فى سورة الحجر (قوله بقوله تعالى ادع الى سبيل ربك الآية) أقول هذه الآية الشريفة فى سورة النحل (قوله ثم أمر بالبداءة بالقتال الخ) أقول مخالف لقوله فيما سبق فان الدلائل القطعية فى الباب ليس فيها ما يدل على ذلك ولا يبعد أن يقال الدلائل تدل على بقائه مدة بقاء الامة وليس فيها ما يدل على بقائها الى يوم القيامة بل علم ذلك من هذا الحديث وأمثاله فليتأمل والاوجه أن يقال مراده من قوله فيما سبق بل لبيان دوامه وبقائه الى يوم القيامة دواما لا يعتريه النسخ فيكون معنى قوله ليس فيها ما يدل على ذلك أى على سد باب النسخ فتأمل (قوله فقال وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة) أقول هذه الآية الشريفة فى سورة الأنفال (قوله قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله) أقول هذه الآية الشريفة فى سورة التوبة قال المصنف (ولا يجب الجهاد على صبى) أقول قال الاتقانى اما الصبى فلا يجب عليه الجهاد لانه مرفوع القلم ولان طاعة أبويه واجبة عليه فلا تترك بما ليس بواجب انتهى ولا يخفى عليك مناقضة قوله واجبة لقوله مرفوع القلم الا أن يقال مراده بالصبى ما يعم البالغ الذى له أبوان فالمعنى انه مرفوع القلم ان كان غير بالغ وان كان بالغا فطاعة أبويه واجبة متعينة عليه والجهاد ليس بواجب متعين عليه فليتأمل

(ولاعبد ولاامرأة) لتقدم حق المولى والزوج (ولاأعمى ولامقعد ولاأقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى) لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لايظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلاة والصوم بخلاف ماقبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلاضرورة الى ابطال حق المولى والزوج (ويكره الجعل مادام للمسلمين فيء) لانه يشبه الاجر ولاضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين قال (فاذا لم يكن فلابأس بأن يقوى بعضهم بعضا)

أن يقال لانه غير مكلف وفي الصحيحين عن ابن عمر عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة الحديث (ولاعبد ولاامرأة لتقدم حق المولى والزوج) باذن الله الذي هو صاحب الحق على حقه ومعنى هذا الكلام أن حق السيد والزوج حق متعين باذن الله تعالى على ذلك العبد وتلك المرأة فلو تعلق بهما الجهاد لزم اطلاق فعله لهما واطلاقه يستلزم اطلاق ترك حق المولى والزوج فلو تعلق بهم لزمه ابطال حق جعله الله متعينا الحق لم يجعله متعينا عليه وهذا اللازم باطل فلا يتعلق بهم وهو المطلوب وعلى هذا التقرير يكونون مخصوصين من العمومات لدليل مقارن وهو العقل بخلاف ما اذا صار فرض عين لان حقوقهم لاتظهر في حق فروض الاعيان نعم لو أمر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب أن يصير فرض كفاية ولانقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى اذا لم يقاتل في غير النفير العام يأثم لان طاعتهما المفروضة عليهما في غير مافيه المخاطرة بالروح وانما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الرب جل جلاله بذلك والفرض انتفاؤه عنهم قبل النفير العام وعن هذا حرم الخروج الى الجهاد وأحد الأبوين كاره لأن طاعة كل منهما فرض عين والجهاد لم يتعين عليه كما قلنا مع أن في خصوصه أحاديث منها مافي صحيح البخاري عن عبدالله بن عمرو جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستأذنه فقال أحي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وقدمنا من صحيحه آنفا حديث ابن مسعود وقدم فيه برالوالدين على الجهاد وفي سنن أبي داود عن عبدالله ابن عمرو بن العاص جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جئت أبايعك على الهجرة وتركت أبوي يبكيان فقال ارجع اليهما فأضحكهما كما أبكيتهما وفيه عن الخدري أن رجلا هاجر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن فقال هل لك أحد باليمن قال أبواي قال أذنا لك قال لا قال فارجع فاستأذنهما فان أذنا لك فجاهد والافبرهما وأما الاعمى والاقطع فقال تعالى ليس على الاعمى حرج ولاعلى الاعرج حرج ولاعلى المريض حرج وقال تعالى ليس على الضعفاء ولاعلى المرضى ولاعلى الذين لايجدون ماينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله والمقعد الاعرج قاله في ديوان الادب (قوله ويكره الجعل) يريد بالجعل هنا أن يكلف الامام الناس بان يقوى بعضهم بعضا بالسلاح والكراع وغير ذلك من النفقة والزاد (مادام للمسلمين فيء) وهو المال المأخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية وأما المأخوذ بقتال فيسمى غنيمة (لانه لاضرورة اليه ومال بيت المال معد لنوائب المسلمين) وهذا وجه يوجب ثبوت الكراهة على الامام بخصوصه والوجه الآخر وهو أن الجعل يشبه الاجرة وحقيقة أخذ الاجرة على الطاعة حرام فما يشبهها مكروه يوجبها على الغازي وعلى الامام كراهة تسببه في المكروه وحقيقة الجعل مايجعل للانسان في مقابلة شئ يفعله واعلم أن مقتضى النظر أن النفقة تجب في مال الغازي لانه مأمور بعبادة مركبة من المال والبدن فتكون كالحج وأن وجوب تجهيزهم من بيت المال على الامام انما هو اذا لم يقدروا على الجهاز فاضلا عن حاجتهم وعيالهم وان كانوا من يعطيهم استحقاقهم من بيت المال بعد أن يكون ذلك غير كاف للجهاز مع حاجة المقام وأما اذا لم يكن في بيت المال فيء

يخرجون الى الجهاد (لانه يشبه الاجرة) وحقيقة الاجرة حرام فمايشبه الاجرة يكون مكروها

قال المصنف (ولاعبد ولاامرأة لتقدم حق الزوج والسيد) أقول فيه أن الدليل خاص بمن له زوج والظاهر أن المدعى عام فليتأمل قال المصنف (ويكره الجعل الخ) أقول قال الاتقاني يعني اذا كان في بيت المال مايتقوى به الناس من الغنيمة انتهى وصوابه من الفيء لان مال الغنيمة الموجود في بيت المال يصرف الى المقاتلة قال الامام التمرتاشي يكره للامام ضرب الجعل على الناس للغزاة مادام لهم فيء لأن فيه شبهة الاجر وان لم يكن فلابأس بذلك لانه عليه الصلاة والسلام أخذ دروعا من صفوان من غير طيبة نفسه وللامام ذلك بشرط الضمان فاذا زالت الحاجة يرد ان كان قائما والاقيمته الا اذا صار في بيت المال والاولى أن يغزو المسلم بمال نفسه ثم بمال بيت المال لأنه لمصالح المسلمين انتهى (قوله على الناس عما يتقوى به الخ) أقول أي حاكما بما يتقوى أو مكلفا بما يتقوى

لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده أن النبي عليه الصلاة والسلام أخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

﴿باب كيفية القتال﴾

(واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصنا دعوهم الى الاسلام) لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام

لا يكره أن يكلف الامام الناس ذلك على نسبة عدل (لانه به دفع الضرر الاعلى) وهو تعدي شر الكفار الى المسلمين (بالحاق) الضرر (الادنى) واستأنس المصنف لهذا بأنه صلى الله عليه وسلم (أخذ دروعا من صفوان) بن أمية (وبأن عمر كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد) أما قصة صفوان فلا شك أن النبي صلى الله عليه وسلم أرسل يطلب منه أدراعا عند خروجه الى حنين ففي سيرة ابن اسحق أربعمائة درع وكان صفوان اذ ذاك على شركه فانه كان طلب من النبي صلى الله عليه وسلم أن يسيره شهرين فقال النبي صلى الله عليه وسلم سيرتك أربعة أشهر ثم عرض الخروج من مكة الى حنين فأرسل يطلب ذلك فقال يا محمد أغصبا قال لا بل عارية مضمونة فبعثها ثم استعمله اياها فحملها على مائتي بعير وفي مسند أحمد قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي عليه الصلاة والسلام أن يضمنها فقال لا أنا اليوم في الاسلام أرغب وهذا لا يطابق نفس المدعى وهو تكليف الامام المسلمين بأن يعينوا الخارجين ولا يفيد ذلك الا بالالتزام فان ما يفعله الامام في المتكلم فيه لا يأخذه على أن يضمنه لهم من بيت المال نعم فيه أنه عند الحاجة يتوسل الى الجهاد اذا لم يكن بالمسلمين قوة بالاستعارة من أهل الذمة بشرط الضمان لهم وأما ما عن عمر فظاهر فيه لأن معنى يغزيه عنه ليس الا أنه يأخذ الجهاز منه والا فهو غاز عن نفسه وان أعطاه من بيت المال وأما قوله يعطي الشاخص فرس القاعد فصريح فيه والحديث رواه ابن سعد في الطبقات عن محمد بن عمر الواقدي بسنده عن عمر أنه كان يغزي عن ذي الحليلة وليس فيه أمر الفرس وروى ابن أبي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن عاصم عن أبي مجلز قال كان عمر يغزي العزب ويأخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر

﴿باب كيفية القتال﴾

لما ذكر أن القتال لازم فلا بد أن يفعله وفعله على حد محدود شرعا فلا بد من بيانه فشرع فيه فقال (واذا دخل المسلمون دار الحرب) يصح أن يكون عطفا على قوله الجهاد فرض على الكفاية عطف جملة وأن يكون واو استئناف (فحاصروا مدينة) وهي البلدة الكبيرة فعيلة من مدن بالمكان أقام به (أو حصنا) وهو المكان المحصن الذي لا يتوصل الى ما في جوفه (دعوهم الى الاسلام) فان لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب لانه صلى الله عليه وسلم أمر بذلك أمراء الاجناد فمن ذلك ما أخرج الجماعة الا البخاري من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه والفاظ بعضهم تزيد على بعض وتختلف قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله تعالى وبمن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا واذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى احدى خصال ثلاث أو خلال فأيتهن ما أجابوك اليها

﴿باب كيفية القتال﴾

لما كان الامر الاول من باب الجهاد القتال بدأ ببيان كيفيته والمدينة معروفة والحصن بكسر الحاء كل مكان محمي محرز لا يتوصل الى ما في جوفه فالمدينة أكبر من الحصن (قوله دعوهم الى الاسلام) قيل لا يخلو من أن يقاتلوا قوما بلغتهم الدعوة أو لم تبلغهم فان كان الثاني لا يحل القتال حتى يدعوا لقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وان كان الاول فالافضل ذلك وكان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم الى الاسلام ثم اشتغل بالصلاة واذا فرغ جدد الدعوة ثم شرع في القتال

﴿باب كيفية القتال﴾

قال المصنف (دعوهم الى الاسلام) هذا في حق من لم تبلغه الرسالة والا لم يتم الاستدلال بما رواه ابن عباس وصرح به أيضا في مبسوط الامام السرخسي ولا استدراك كما لا يخفى على المتأمل في مساق الكلام فان الغرض ههنا بيان أنهم اذا دخلوا دار الحرب دعوهم الى الاسلام فان قبلوه كفوا عن قتالهم والا دعوهم الى الجزية فان بذلوها كفوا أيضا ولا يقاتلونهم ولم يعلم منه ان ذلك بطريق الادب أو الندب أو الوجوب فبينه انه بطريق الوجوب بقوله ولا يجوز أن يقاتل فاقبل

ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام قال (فان أجابوا كفوا عن قتالهم) لحصول المقصود وقد قال صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث (وان امتنعوا دعوهم الى أداء الجزية) به أمر رسول الله عليه الصلاة والسلام أمراء الجيوش ولأنه أحد ما ينتهى به القتال على ما نطق به النص وهذا فى حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة فى دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون

فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى الاسلام فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين وأعلمهم ان فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين وأن عليهم ما على المهاجرين فان أبوا أن يتحولوا منها فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين يجرى عليهم حكم الله الذى يجرى على المؤمنين ولا يكون لهم فى الفيء والغنيمة نصيب الا أن يجاهدوا مع المسلمين فان هم أبوا فاسألهم الجزية فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان أبوا فاستعن بالله وقاتلهم واذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة أصحابك فانكم أن تخفروا ذممكم وذمة أصحابكم خير من أن تخفروا ذمة الله وذمة نبيه واذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فانك لا تدرى أصبت حكم الله فيهم أم لا ثم اقضوا فيهم بعد ما شئتم وفى الاحاديث فى ذلك كثرة وفى نفس هذا الحكم شهرة واجماع ولان بالدعوة يعلمون أنا ما نقاتلهم على أخذ أموالهم وسبى عيالهم فربما يجيبون الى المقصود من غير قتال فلا بد من الاستعلام وأما حديث ابن عباس المذكور فى الكتاب فرواه عبد الرزاق عن سفيان الثورى عن ابن أبى نجيح عن أبيه عن ابن عباس (قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم) رواه الحاكم وصححه ولو قاتلوهم قبل الدعوة أثموا ولكن لا غرامة عما أتلفوا من نفس ولا مال من دية ولا ضمان لان مجرد حرمة القتل لا توجب ذلك كما لو قتلوا النساء والصبيان وذلك لانتفاء العاصم وهو الاسلام والاحراز بدار الاسلام وفى المحيط بلوغ الدعوة حقيقة أو حكما بأن استفاض شرقا وغربا أنهم الى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فأقيم ظهوره مقامها انتهى ولا شك أن فى بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا الامر فيجب أن المدار عليه ظن أن هؤلاء لم تبلغهم الدعوة فاذا كانت بلغتهم لا تجب ولكن يستحب أما عدم الوجوب فلما فى الصحيحين عن ابن عوف كتبت الى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الى انما كان ذلك أول الاسلام قد أغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بنى المصطلق وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم وأصاب يومئذ جويرية بنت الحرث حدثنى به عبد الله بن عمر وكان فى ذلك الجيش وروى أبو داود وغيره عن اسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد اليه فقال أغر على أبنى صباحا وحرق والغارة لا تكون مع دعوة وأبنى بوزن حبلى موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة ويقال يبنى بياء مضمومة آخر الحروف وقيل اسم قبيلة وأما الاستحباب فلأن التكرار قد يجدى المقصود فينعدم الضرر الأعلى وقيد هذا الاستحباب بأن لا يتضمن ضررا بأن يعلم بأنهم بالدعوة يستعدون أو يحتالون أو يتحصنون وغلبة الظن فى ذلك عما يظهر من أحوالهم كالعلم بل هو المراد واذا حقيقته يتعذر الوقوف عليها فان أجاب المدعو أو غيره الى الاسلام فلا اشكال والحديث المشهور جعله غاية الامر بالقتال حيث قال أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله (وان امتنعوا دعوهم الى أداء الجزية بهذا أمر عليه الصلاة والسلام أمراء الاجناد) وقد ذكرناه من حديث بريدة (ولانه أحد ما ينتهى به القتال كما نطق به النص) قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله سبحانه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وهذا ان لم يكونوا مرتدين ولا مشركى العرب فان هؤلاء لا يقبل

وقوله (كفوا عن قتالهم) أى امتنعوا عن قتالهم أو منعوا أنفسهم عنه فكف لازم ومتعد وقوله (على ما نطق به النص) يريد قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد (قوله وهذا فى حق من تقبل منه الجزية) ظاهر

قال المصنف (حتى يقولوا لا اله الا الله) أقول فان قيل لا يكفى قولهم لا اله الا الله بل لا بد من ذكر محمد رسول الله قلنا الجزء الاول صار علما للمجموع كما يقال قرأت قل هو الله أحد صرح به الكرمانى فى شرح البخارى

(قوله فنكفى) بالنون على بناء المفعول (مؤنة القتال) بنصب مؤنة على المفعول الثانى (قوله النهى) اشارة الى ماروى أنه صلى الله عليه

(فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين) لقول على رضى الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور فيه فى القرآن والله أعلم (ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا أن يدعوه) لقوله عليه الصلاة والسلام فى وصية أمراء الاجناد فادعهم الى شهادة أن لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبى الذرارى فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهى ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان (ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة) مبالغة فى الانذار ولا يجب ذلك لانه صح أن النبى عليه الصلاة والسلام أغار على بنى المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة رضى الله عنه أن يغير على ابنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة قال (فان أبوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم) لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث سليمان بن بريدة فان أبوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى أن قال فان أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على أعدائه فيستعان به فى كل الامور قال (ونصبوا عليهم المجانيق) كما نصب رسول الله عليه الصلاة والسلام على الطائف (وحرقوهم) لانه عليه السلام أحرق البويرة قال (وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروعهم) لان فى جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا

منهم الا الاسلام أو السيف على ماسيتضح (فان بذلوها) أى قبلوها (وكذا هو المراد بالاعطاء المذكور فى القرآن) بالاجماع وقد قال على انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا والاحاديث فى هذا كثيرة بل هو من الضروريات ومعنى حديث على رواه الشافعى فى مسنده أخبرنا محمد بن الحسن الشيبانى أنبأنا قيس بن الربيع الاسدى عن أبان بن تغلب عن الحسن بن ميمون عن أبى الجنوب قال قال على من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا وضعف الدارقطنى أبا الجنوب (قوله فان أبوا ذلك استعانوا عليهم بالله تعالى وحاربوهم لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث سليمان بن بريدة فان أبوا ذلك فاستعن بالله عليهم وقاتلهم) وتقدم الحديث بطوله والكلام عليه والمدمر المهلك (فيستعان بالله فى كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الطائف) على ما فى الترمذى مفصلا فانه قال قال قتيبة حدثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد أن النبى صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على الطائف قلت لوكيع من هذا الرجل فقال صاحبكم عمر بن هرون ورواه أبو داود فى المراسيل عن مكحول مرسلا وكذا رواه ابن سعد فى الطبقات وزاد أربعين يوما وذكره الواقدى فى المغازى وذكر أن الذى أشار به سلمان الفارسى (وحرقهم لانه عليه الصلاة والسلام أحرق البويرة) على ماروى الستة فى كتبهم عن ابن عمر قال حرق رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بنى النضير وقطعه وهى البويرة يعنى ان البويرة اسم لنخل بنى النضير ولها يقول حسان بن ثابت

وهان على سراة بنى لؤى * حريق بالبويرة مستطير

ولان المقصود كبت أعداء الله وكسر شوكتهم وبذلك يحصل ذلك فيفعلون مايمكنهم من التحريق وقطع الاشجار وافساد الزرع هذا اذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك فان كان الظاهر أنهم مغلوبون

(وهو الدين) على مذهب الشافعى (أو الاحراز بالدار) على مذهبنا وقوله (مبالغة فى الانذار) لان النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم اشتغل بالصلاة ثم عاد بعد الفراغ جددا الدعوة وقد قدمناه وقوله (أغار على بنى المصطلق) أى أخرجهم من خبائهم بهجومه عليهم (وهم غارون) أى غافلون وأبنى على وزن حبلى موضع بالشام وقيل اسم قبيلة (والغارة لا تكون بدعوة) لان فيها استتار الامر والاسراع لانها اسم مصدر للاغارة التى هى مصدر أغار الثعلب أو الفرس اغارة وغارة اذا أسرع فى العدو وقوله (البويرة) على وزن الدويرة مصغر الدار والكبت هو الذل والهوان

قال المصنف (والمراد بالبذل القبول) أقول بطريق اطلاق اسم السبب على المسبب قال المصنف (أثم للنهى) أقول يحتمل أن يكون بناء على أن الامر بالشئ نهى عن ضده فتامل قال المصنف (وعهد الى أسامة أن يغير على أبنى صباحا) أقول أبنى بالضم والقصر اسم موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة وقيل موضع من بلاد جهينة وهذا أقرب اذ لم يبلغ غزواته عليه الصلاة والسلام الى بلاد الشام فى حياته وأن

وقوله (وان كان فيهم أسير مسلم أو تاجر) رد لما قاله الحسن بن زياد انه اذا علم أن فيهم مسلما وانه يتلف بهذا الصنع لم يحل له ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا يرى أن للامام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم أولى من هذا الوجه (وقلنا في رميهم دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام) أي مجتمعه للشبه المعنوى بينها وبين بيضة النعامة وغيرها لان البيضة مجتمع الولد (وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص) واذا اجتمعا يقدم دفع الضرر العام على الخاص (ولانه قلما يخلو حصن من حصونهم عن مسلم) أسير أو تاجر (فلو امتنع) عن الرمي (باعتباره لانسد بابه) أي باب الجهاد وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لأن في الرمي دفع الضرر العام الخ وقوله (وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة) يعني عندنا وقال الحسن بن زياد وهو قول الشافعي فيه الدية والكفارة لان هذا هو عين صورة قتل الخطأ لانه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم والجواب انه اذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا محضا ولا دية ولا كفارة فيه ولنا أن الجهاد فرض وكل ما هو فرض (فالغرامات لا تقرن به) لان الفرض مأمور به لا محالة وسبب الغرامات عدوان محض منهي عنه وبينهما منافاة فان قيل هذا تعليل في معارضة قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج أي مهدر والتعليل في مقابلة النص باطل أجيب بانه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فنخص صورة النزاع بما قلناه وفيه نظر لان القران شرط وهو ممنوع وأقول قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الاسلام معناه في دار الاسلام وما نحن فيه ليس بدار الاسلام

(ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم أسير أو تاجر) لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه (وان تترسوا بصبيان المسلمين أو بالاسارى لم يكفوا عن رميهم) لما بيناه (ويقصدون بالرمي الكفار) لانه ان تعذر التمييز فعلا فلقد أمكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض

وأن الفتح باد كره ذلك لانه افساد في غير محل الحاجة وما أبيح الا لها (قوله ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم أسير أو تاجر) بل ولو تترسوا باسارى المسلمين وصبيانهم سواء علم انهم ان كفوا عن رميهم انهزم المسلمون أو لم يعلموا ذلك الا أنه لا يقصد برميهم الا الكفار فان أصيب أحد من المسلمين فلا دية ولا كفارة وعند الائمة الثلاثة لا يجوز رميهم في صورة التترس الا اذا كان في الكف عن رميهم في هذه الحالة انهزام المسلمين وهو قول الحسن بن زياد فان رموا وأصيب أحد من المسلمين فعند الحسن بن زياد فيه الدية والكفارة وعند الشافعي فيه الكفارة قولا واحدا وفي الدية قولان وقال أبو اسحق ان قصده بعينه لزمه الدية علمه مسلما أو لم يعلمه لقوله عليه الصلاة والسلام ليس في الاسلام دم مفرج وان لم يقصده

قال المصنف (لان في الرمي الخ) أقول هذا تعليل في مقابلة النصوص الدالة على تحريم (٣٨٧) دم المسلم بغير حق فكيف يصح فان قيل تلك النصوص قد خص عنها قاطع الطريق والباغي قلنا ممنوع بل منسوخة في حقهما وأيضا هذا انما يصح اذا علم أنا لو تركناهم استولوا على ديار المسلمين والمدعى عام ليس له خصوص واللازم من هذا التعليل هو جواز الرمي قال المصنف (ولانه قلما يخلو الى قوله لانسد بابه) أقول وفيه نظر فان ابن زياد انما لم يجوز الرمي اذا علم ان فيهم مسلما وعلم انه يتلف بهذا الصنع ولا شك في ان العلم بهما لو كان لكان في غاية الندرة فمن أين يلزم انسداد باب الجهاد قال المصنف (وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة) أقول قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية توجب القود اذا أصابوا منهم عمدا وقوله تعالى من قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الآية توجب الكفارة والدية اذا كانت الاصابة خطأ والتعليل في مقابلتهما ينبغي أن لا يقبل فالوجه (قوله والجواب أنه اذا كان الخ) أقول فيه نظر لانه لا يجوز أن يراد من العلم القصد لما مر من قوله في المتن ويقصدون بالرمي الكفار وحينئذ فيراد من العلم حقيقته ولم يقل أحد بان عدم العلم بالمصاب شرط في تحقق الخطأ فانهم قالوا الخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضا فيصيب آدميا ولا شك أن ما نحن فيه من هذا القبيل ولو كان كما قال للزم ان من رأى انسانا وعلمه ثم رمى غرضا غير قاصد ذلك الانسان فأصابه أن لا يكون فعله خطأ ولم يقل به أحد (قوله ولنا ان الجهاد فرض الى قوله منهي عنه) أقول منقوض بأكل مال الغير حالة المخمصة فانه ليس عدوانا منهيا عنه مع انه سبب للغرامات والجواب بأنه مرخص وهو منهي عنه في الاصل لا يفيد لان قتل المسلم أيضا كذلك (قوله وما نحن فيه ليس بدار الاسلام) أقول يرد عليه ما لو كانوا بدار الاسلام وتترسوا فانه لا يخلو إما أن يكون الحكم واحدا أولا فان كان الاول فظاهر وان كان الثاني فلا شك أن الدليل المذكور وهو قوله لأن في الرمي دفع الضرر العام الخ موجود فيلزم تخلف المدلول عن الدليل ويمكن أن يجاب عنه بانهم انما يمكنهم التترس اذا كانوا في المدينة ونحوها أما اذا كانوا في الصحراء فلا لامكان الهجوم عليهم ومصافتهم فلا يمكنهم ذلك لكن لا يتأتى هذا فيما اذا تغلبوا على حصن ونحوه من دار الاسلام بحيث لم يصر دار حرب عند أبي حنيفة ثم يقال الحذف خلاف الاصل فلا يصار اليه الا عند الضرورة من دلالة القواطع على خلافه

وقوله (بخلاف حالة المخمصة) جواب عما قاس عليه الحسن وقال اطلاق الرمى لضرورة اقامة الجهاد لاينفى الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة ويجب الضمان وتقرير الجواب أن الجائع يقدم على التناول عند دفع الخطر وان كان فيه ضمان (لما فيه من احياء نفسه) وهو منفعة عظيمة يتحمل بسببها ضرر الضمان (أما الجهاد فبنى على اتلاف النفس) أى نفس سواد الكفار وقد يكون فيها مسلم فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد الذى هو فرض وذلك لايجوز كما لايجوز ايجاب الدية والكفارة على الامام فيما اذا مات الزانى البكر من الجلد لئلا يمتنع القاضى عن تقلد القضاء ويجوز أن يكون معناه الجهاد مبنى على اتلاف النفس مطلقا لان المجاهد إما أن يقتل وقد يصادف المسلم أو يقتل فلو ألزمنا الضمان امتنع عن الجهاد الفرض لكونه خاسرا فى كلتا الحالتين بخلاف ما اذا لم يضمن وقوله (حذار الضمان) منصوب على المفعول له وقوله (ولا بأس باخراج النساء والمصاحف) كلامه واضح سوى ما ننبه عليه السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار وعن أبى حنيفة رضى الله عنه أقل السرية مائة وقال محمد فى السير الكبير أفضل ما يبعث فى السرية أدناه ثلاثة ولو بعث بما دونه جاز وقال الحسن بن زياد من قول نفسه أقل السرية أربعمائة وأقل الجيش أربعة آلاف قال

بخلاف حالة المخمصة لانه لايمتنع مخافة الضمان لما فيه من إحياء نفسه أما الجهاد فبنى على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان قال (ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كانوا عسكرا عظيما يؤمن عليه) لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق (ويكره اخراج ذلك فى سرية لا يؤمن عليها) لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين

بعينه بل رمى الى الصف فاصيب فلا دية عليه وأما الاول فلان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن للامام أن لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان تركه لعدم قتل المسلم أولى ولان مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر وجه الاطلاق أمران الاول أنا أمرنا بقتالهم مطلقا ولو اعتبر هذا المعنى انسد بابه لان حصنا ما أو مدينة قلما تخلو عن أسير مسلم فلزم من افتراض القتال مع الواقع من عدم خلو مدينة أو حصن عادة اهدار اعتبار وجوده فيه وصار كرميهم مع العلم بوجود أولادهم ونسائهم فانه يجوز اجماعا مع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله وهو الجامع غير أن الواجب أن لا يقصد بالرمى الا الكافر لان قصد المسلم بالقتل حرام بخلاف ما اذا لم يفترض وهو ما اذا فتحت البلدة قال محمد اذا فتح الامام بلدة ومعلوم أن فيها مسلما أو ذميا لا يحل قتل أحد منهم لاحتمال كونه ذلك المسلم أو الذمى الا أنه قال ولو أخرج واحد من عرض الناس حل اذن قتل الباقى لجواز كون المخرج هو ذلك فصار فى كون المسلم فى الباقين شك بخلاف الحالة الاولى فان كون المسلم أو الذمى فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق الثانى أن فيه دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام باثبات الضرر الخاص وهو واجب ثم ان المصنف أحال وجه مسئلة التترس على وجهى مسئلة ما اذا كان فيهم أسير مسلم حينئذ أو تاجر وقد يقال ان سلم انه لا يخلو أهل حصن عن تاجر أو أسير فاطلاق افتراض القتال اهدار لاعتباره مانعا فلا نسلم انه لا يخلو أهل حصن ان يتترسوا بالمسلمين ليكون اطلاق الافتراض اهدار الحرمة الرمى فان المشاهدة تنقضه فوجب أن يتقيد بما اذا لم يكن طريقا الى قتل المسلم غالبا وأما قوله انه دفع الضرر العام بالحاق الضرر الخاص فقد يقال إن ذلك عند العلم بانهزام المسلمين لو لم يرم وحل الرمى عند ذلك لم يتقيد به واعلم أن المراد أن كل قتال مع الكفار هو دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام أى مجتمعهم وان لم يحصل فيه الظفر تضرر المسلمون كلهم وهو محل تأمل وبتقديره هو ضرر خفيف أشد منه قتل المسلم فى غالب الظن وانما يكون الضرر العام مقدما على هذا اذا كان فيه هزيمتهم ونحوها فان قيل فلم لم يغرم الدية اذا أصيب مسلم مع قوله عليه الصلاة والسلام ليس فى الاسلام دم مفرج أى مهدر أجيب بانه عام مخصوص بالبغاة وقطاع الطريق وغيرهم فجاز تخصيصه بالمعنى وهو ما ذكر من قوله لان الفروض لا تقرن بالغرامات كما ذكرنا فيما لومات من عزره القاضى أو حده أنه لا دية فيه لان القضاء بذلك فرض عليه فلا يتقيد بشرط السلامة والا امتنع عن الاقامة (بخلاف) المضطر (حالة المخمصة لانه لا يمتنع) عن الاكل (مخافة الضمان) لان فى الامتناع هلاك نفسه والضمان أخف عليه من هلاكها فلا تمتنع (أما الجهاد فبنى على اتلاف نفسه فيمتنع حذاره) واعلم أن المذهب عندنا فى المضطر أنه لا يجب عليه أكل مال الغير مع الضمان فلم يكن فرضا فهو كالمباح يتقيد بشرط السلامة كالمرور فى الطريق فلا حاجة الى الفرق بينه وبين افتراض الجهاد فى نفى الضمان (قوله ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كانوا عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك فى سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف) منهم لها

(قوله جواب عما قاس عليه الحسن وقال اطلاق الرمى لضرورة الخ) أقول الظاهر أن هذا الكلام الزامى والا فالحسن لا يجوز الرمى فتأمل

وهوالتأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لاتسافروا بالقرآن فى أرض العدو ولودخل مسلم اليهم بأمان لابأس بأن يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن فى العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقى والمداواة فأما الشواب فمقامهن فى البيوت أدفع للفتنة ولايباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الاعند ضرورة ولايستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لابد مخرجين فبالاماء دون الحرائر (ولاتقاتل المرأة الاباذن زوجها ولاالعبد الاباذن سيده) لما بينا (الاأن يهجم العدو على بلد للضرورة) وينبغى للمسلمين أن لايغدروا ولايغلوا ولايمثلوا لقوله عليه الصلاة والسلام لاتغلوا ولاتغدروا ولاتمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد

قال المصنف (وهوالتأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لاتسافروا بالقرآن الى أرض العدو) وهذا الحديث رواه الستة الاالترمذى من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر وقوله وهوالتأويل الصحيح احتراز عما ذكر فخر الاسلام عن أبى الحسن القمى والصدر الشهيد عن الطحاوى أن ذلك انما كان عند قلة المصاحف كى لاينقطع عن أيدى الناس وأما اليوم فلايكره أما التأويل الصحيح فماذكره المصنف وهو منقول عن مالك راوى الحديث فان أباداود وابن ماجه زادا بعد قوله الى أرض العدو قال مالك أرى ذلك مخافة أن يناله العدو والحق أنها من قول النبى صلى الله عليه وسلم على ماأخرجه مسلم وابن ماجه عن الليث عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه كان ينهى أن يسافر بالقرآن الى أرض العدو ويخاف أن يناله العدو وأخرجه مسلم عن أيوب السختيانى عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتسافروا بالقرآن فانى لا آمن أن يناله العدو وفى رواية لمسلم فانى أخاف فلذا حكم القرطبى والنووى بأنها من قول النبى صلى الله عليه وسلم وغلطا من زعم أنها من قول مالك وقد يكون مالك لم يسمعها فوافق تأويله أوشك فى سماعه اياها وفى فتاوى قاضيخان قال أبوحنيفة أقل السرية أربعمائة وأقل العسكر أربعة آلاف وفى المبسوط السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى وكأن المراد من شأنهم ذلك والافقد لايكمنون وكأنه مأخوذ من السرى وهو السير ليلا فكان الاولى أن يقال بعد قوله يؤمن عليه ويكره اخراجه فيماليس كذلك فان الانتقال من العسكر العظيم الى السرية طفرة كبيرة ليست مناسبة والذى يؤمن عليه فى توغله فى دار الحرب ليس الاالعسكر العظيم وينبغى كونه اثنى عشر ألفا لماروى انه عليه الصلاة والسلام قال لن يغلب اثنا عشر ألفا من قلة وهو أكثر ماروى فيه هذا باعتباره أحوط وهذا ظاهر مذهبنا ومذهب الشافعى ومذهب مالك اطلاق المنع أخذا باطلاق الحديث قال القرطبى لافرق بين الجيش والسرايا عملا باطلاق النص وهو وان كان نيل العدوله فى الجيش العظيم نادرا فنسيانه وسقوطه ليس بنادر وأنت علمت أن العلة المنصوصة لما كانت مخافة نيله فيناط بماهو مظنته فيخرج الجيش العظيم والنسيان والسقوط نادر مع الاهتمام والتشمر للحفظ الباعث عليه وذلك أن حمله لايكون الاممن يخاف نسيان القرآن فيأخذه لتعاهده فيبعد ذلك منه وكتب الفقه أيضا كذلك ذكره فى المحيط معزوا الى السير الكبير فكتب الحديث أولى ثم الاولى فى اخراج النساء العجائز للطب والمداواة والسقى دون الشواب ولواحتيج الى المباضعة فالاولى اخراج الاماء دون الحرائر (ولايباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الاعند الضرورة) وقد قاتلت أم سليم يوم خيبر وأقرها عليه الصلاة والسلام حيث قال لمقامها خير من مقام فلان وفلان يعنى بعض المنهزمين (قوله ولاتقاتل المرأة الاباذن زوجها ولاالعبد الاباذن سيده لما بينا) من تقدم حق الزوج والمولى (الاأن يهجم العدو) على ماتقدم (قوله وينبغى للمسلمين) أى يحرم عليهم أن يغدروا أو يغلوا أو يمثلوا والغلول السرقة من الغنيمة والغدر الخيانة ونقض العهد (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لاتغلوا الخ) تقدم فى حديث بريدة وقوله عليه الصلاة والسلام ولاتمثلوا أى المثلة بقال

وقوله (وهوالتأويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لاتسافروا بالقرآن فى أرض العدو) رواه ابن عمر وأما قيد التأويل بالصحيح احترازا عما قال أبوالحسن القمى النهى كان فى ابتداء الاسلام عند قلة المصاحف وكذا روى عن الطحاوى وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله فى الباب السابق لتقدم حق المولى والزوج وقوله (الاأن يهجم) استثناء من قوله لاتقاتل يعنى عند الضرورة يقاتلون لان الجهاد حينئذ يصير فرض عين ولايظهر حق المولى والزوج عنده

قال المصنف (ولاتقاتل المرأة الخ) أقول الظاهر أن هذا مستدرك اذ قد علم من قوله ولايباشرن القتال جواز مقاتلة المرأة باذن زوجها أولا والجواب أن قوله ولايباشرن القتال من كلام نفسه وهذا من كلام المصنف

والمثلة المروية فى قصة العرنيين منسوخة بالنهى المتأخر هو المنقول (ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا أعمى)

مثلت بالرجل وزن ضربت أمثل به بوزن انصر مثلا ومثلة اذا سودت وجهه أو قطعت أنفه ونحوه ذكره فى الفائق وقول المصنف (والمثلة المروية فى قصة العرنيين منسوخة بالنهى المتأخر هو المنقول) وقد اختلف العلماء فى ذلك فعندنا والشافعى منسوخة كما ذكر قتادة فى لفظ فى الصحيح بعد رواية حديث العرنيين قال فحدثنى ابن سيرين أن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود وفى لفظ للبيهقى قال أنس ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة الا نهى فيها عن المثلة وقال أبو الفتح اليعمرى فى سيرته من الناس من أبى ذلك الى أن قال وليس فيها يعنى آية الحرابة أكثر مما يشعر به لفظة انما من الاقتصار فى حد الحرابة على ما فى الآية وأما من زاد على الحرابة جنايات أخر كما فعل هؤلاء كما روى ابن سعد فى خبرهم أنهم قطعوا يد الراعى ورجله وغرزوا الشوك فى لسانه وعينيه حتى مات فليس فى الآية ما يمنع من التغليظ عليهم والزيادة فى عقوبتهم فهذا ليس بمثلة والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء وقد جاء فى صحيح مسلم انما سمل النبى صلى الله عليه وسلم أعينهم لانهم سملوا أعين الرعاء ولو أن شخصا جنى على قوم جنايات فى أعضاء متعددة فاقتص منه لما كان التشويه الذى حصل له من المثلة وقال ذكر البغوى فى سبب نزولها يعنى آية الجزاء سببا آخر واذا اختلفت فى سبب نزول الآية الاقوال وتطرق اليها الاحتمال فلا نسخ وحاصل هذا القول أن المثلة بمن مثل جزاء ثابت لم ينسخ والمثلة بمن استحق القتل لا عن مثلة لا تحل لا أنها منسوخة لأنها لم تشرع أولا لأن ما وقع للعرنيين كان جزاء تمثيلهم بالراعى ولا شك أن قوله لا تمثلوا على ما تقدم من رواية الجماعة ونحوها إما أن يكون متأخرا عن مثلة العرنيين فظاهر نسخها أولا يدرى فيتعارض محرم ومبيح خصوصا والمحرم قول فيتقدم المحرم وكلما تعارض نصان وترجح أحدهما تضمن الحكم بنسخ الآخر ورواية أنس صريح فيه وأما من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بأن قطع أنف رجل وأذنى رجل وفقأ أعين آخر وقطع يد آخر ورجل آخر فلا شك فى أنه يجب القصاص لكل واحد أداء لحقه لكنه يجب أن يستأنى بكل قصاص بعد الذى قبله الى أن يبرأ منه وحينئذ يصير هذا الرجل ممثلا به أى مثلة ضمنا لا قصدا وانما يظهر أثر النهى والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله فمقتضى النسخ أن يقتل به ابتداء ولا يمثل به ثم لا يخفى أن هذا بعد الظفر والنصر أما قبل ذلك فلا بأس به اذا وقع قتالا كبارز ضرب فقطع أذنه ثم ضرب ففقأ عينه فلم ينته فضرب فقطع أنفه ويده ونحو ذلك (قوله ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا) أخرج الستة الا النسائى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن امرأة وجدت فى بعض مغازى رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة فنهى عن قتل النساء والصبيان وأخرج أبو داود عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا وضموا غنائمكم وأصلحوا وأحسنوا ان الله يحب المحسنين وفيه خالد بن الفزر قال ابن معين ليس بذاك وأما معارضته بما أخرج أبو داود عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم فأضعف منه ثم على أصول كثير من الناس لا معارضة بل يجب أن تخص الشيوخ بغير الفانى فان المذكور فى ذلك الحديث الشيخ الفانى فيخص العام مطلقا بالخاص نعم يعارض ظاهر ما أخرج الستة عن الصعب بن جثامة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذراريهم ونسائهم فقال عليه الصلاة والسلام هم منهم وفى لفظ هم من آبائهم فيجب دفعا للمعارضة حمله على مورد السؤال وهم المبيتون وذلك أن فيه ضرورة عدم العلم والقصد الى الصغار بأنفسهم لان التبييت يكون معه ذلك والتبييت هو المسمى فى عرفنا بالكبسة وما الظن الا أن حرمة قتل

وقوله (والمثلة المروية) يقال مثلت بالرجل أمثل به مثلا ومثلة اذا سودت وجهه أو قطعت أنفه وما أشبه ذلك وقصة مثلة العرنيين مشهورة وقد انتسخت بالنهى المتأخر روى عمران بن الحصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قام فينا خطيبا بعد ما مثل بالعرنيين الا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر فى كل خطبة دليل على تأكيد الحرمة وقوله (ولا شيخا فانيا) قال فى الذخيرة هذا الجواب فى الشيخ الكبير الفانى الذى لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الاحبال ولا يكون من أهل الرأى والتدبير أما اذا كان يقدر على ذلك يقتل لانه بقتاله محارب وبصياحه محرض على القتال وبالاحبال يكثر المحارب

لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعى رحمه الله تعالى عليه يخالفنا فى الشيخ الفانى والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح أن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذرارى وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت

النساء والصبيان اجماع وأما الحديث الذى ذكر المصنف أنه عليه الصلاة والسلام رأى امرأة مقتولة فهو ما رواه أبو داود والنسائى عن أبى الوليد الطيالسى عن عمر بن المرقع بن صيفى حدثنى أبى عن جده رباح بن الربيع بن صيفى قال كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فى غزوة فرأى الناس مجتمعين على شئ فبعث رجلا فقال انظر علام اجتمع هؤلاء فجاء رجل فقال امرأة قتيل فقال ما كانت هذه تقاتل وعلى المقدمة خالد بن الوليد فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتلن امرأة ولا عسيفا وأخرجه النسائى أيضا وابن ماجه عن المغيرة بن عبد الرحمن عن أبى الزناد عن المرقع وكذا أحمد فى مسنده وابن حبان فى صحيحه والحاكم فى المستدرك وفى لفظه فقال هاه ما كانت هذه تقاتل ثم قال وهكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن وابن جريج عن أبى الزناد فصار الحديث صحيحا على شرط الشيخين وهاه كلمة زجر والهاء الثانية للسكت واذا ثبت فقد علل القتل بالمقاتلة فى قوله ما كانت هذه تقاتل فثبت ما قلنا من أنه معلول بالحرابة فلزم قتل ما كان مظنة له بخلاف ما ليس اياه ويمنع قتل النساء والصبيان أو يابس الشق ونحوه يبطل كون الكفر من حيث هو كفر علة أخرى والا لقتل هؤلاء وهو المراد بقول المصنف (والحجة عليه) أى على الشافعى (ما بيناه) يعنى من عدم قتل يابس الشق لكن هذا الالزام على أحد القولين له فانه ذكر فى شرح الوجيز وفى الشيوخ والعميان والضعفاء والزمنى ومقطوعى الايدى والارجل قولان فى قول يجوز قتلهم وبه قال أحمد فى رواية لعموم اقتلوا المشركين وروى عنه عليه الصلاة والسلام اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم ولانهم كفار والكفر مبيح للقتل وفى قول لا يجوز وبه قال أبو حنيفة ومالك وذكرنا ما ذكرناه من الحديث المانع من قتل الشيخ الفانى قال والمقعد والزمن ومقطوع اليدين والرجلين فى معناه وعن أبى بكر أنه أوصى يزيد بن أبى سفيان حين بعثه الى الشام فقال لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ الخبر انتهى وأنت تعلم أن قوله تعالى اقتلوا المشركين عام مخصوص بالذمى والنساء والصبيان فجاز تخصيص الشيخ الفانى ومن ذكر المصنف بالقياس لو لم يكن فيهم خبر فكيف وفيهم ما سمعت بل ما قدمنا من أن النصوص مقيدة ابتداء بالمحاربين على ما ترجع اليه وأما حديث الشيوخ فتقدم أنه ضعيف بالانقطاع عندهم وبالحجاج بن أرطاة ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرنا على أصولهم وأما قول المصنف (صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذرارى) فالمراد بالذرارى النساء من اسم السبب فى المسبب قال فى العرنيين وفى الحديث لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا أى امرأة ولا أجيرا ثم المراد بالشيخ الفانى الذى لا يقتل هو من لا يقدر على القتال ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الاحبال لانه يجئ منه الولد فيكثر محارب المسلمين ذكره فى الذخيرة وذكر الشيخ أبو بكر الرازى فى كتاب المرتد من شرح الطحاوى انه اذا كان كامل العقل نقتله ومثله نقتله اذا ارتد والذى لا نقتله الشيخ الفانى الذى خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون فلا نقتله ولا اذا ارتد قال وأما الزمنى فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم اذا رأى الامام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد أن يكونوا عقلاء ونقتلهم أيضا اذا ارتدوا اه ولا نقتل مقطوع اليد اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف ونقتل أقطع اليد اليسرى أو احدى الرجلين وان لم يقاتل

وقوله (لان المبيح عنده) أى القتال هو (الكفر) وعندنا هو الحراب وقوله (ما بينا) اشارة الى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج قيل والمراد بالذرارى هنا النساء وقوله (هاه) كلمة تنبيه ألحقت بآخرها هاء السكت

(قوله الاأن يكون أحدهؤلاء ممن له رأى فى الحرب) لما صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفى رواية ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب رأى (قوله فهو فى حال افاقته كالصحيح) يعنى يقتل سواء قاتل أولم يقاتل كالصحيح فانه يقتل وان لم يقاتل لكنه انما يقتل فى حال افاقته لانه ممن يقاتل ويخاطب (قوله امتنع عليه) أى يقف عنده ويعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان مقصوده الدفع والله أعلم

﴿ باب الموادعة ومن يجوز أمانه ﴾

والموادعة المصالحة وسميت بها لانها متاركة وهى من الودع وهو الترك وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة

قال المصنف (لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا) أقول قد سبق فى كتاب النفقة من الكتاب أنه لايجب الانفاق على الأبوين الحربيين وان كانا مستأمنين وصرح الشراح أن قوله تعالى وصاحبهما الآية مخصوص بأهل الذمة دفعا للتعارض فتأمل فى جوابه قال المصنف (ولانه يجب عليه احياؤه) أقول ولا يرد النقض بالابن فانه ليس كالاب وان شئت مزيد التفصيل فارجع الى غاية البيان فى كتاب المفقود ومر فى النفقة أيضا

قال (الاأن يكون أحدهؤلاء ممن له رأى فى الحرب أوتكون المرأة ملكة) لتعدى ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولأن القتال مبيح حقيقة (ولايقتل مجنونا) لانه غير مخاطب الاأن يقاتل فيقتل دفعا لشره غيرأن الصبى والمجنون يقتلان مادامايقاتلان وغيرهما لابأس بقتله بعد الاسر لانه من أهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن و يفيق فهو فى حال افاقته كالصحيح (ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين فيقتله) لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا ولأنه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق فى افنائه (فان أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره) لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الأب قتله بحيث لايمكنه دفعه الابقتله لابأس به لان مقصوده الدفع ألاترى أنه لوشهر الأب المسلم سيفه على ابنه ولايمكنه دفعه الابقتله يقتله لمابينا فهذا أولى والله تعالى أعلم بالصواب

﴿ باب الموادعة ومن يجوز أمانه ﴾

(قوله الاأن يكون أحدهؤلاء) استثناء من حكم عدم القتل ولاخلاف فى هذا الاحد وصح أمره عليه الصلاة والسلام بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاما أوأكثر وقد عمى لماجىء به فى جيش هوازن للرأى وكذلك يقتل من قاتل من كل من قلنا انه لايقتل كالمجنون والصبى والمرأة (الاأن الصبى والمجنون يقتلان فى حال قتالهما) أماغيرهما من النساء والرهبان ونحوهم فانهم يقتلون اذاقاتلوا بعد الاسر والمرأة الملكة تقتل وان لم تقاتل وكذا الصبى الملك والمعتوه الملك لان فى قتل الملك كسر شوكتهم وفى السير الكبير لايقتل الراهب فى صومعته ولاأهل الكنائس الذين لايخالطون الناس فان خالطوا قتلوا كالقسيسين والذى يجن و يفيق يقتل فى حال افاقته وان لم يقاتل (قوله ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين) أوجده أوأمه اذاقاتلت أوجدته (بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا) نزلت فى الابوين ولومشركين لقوله تعالى وان جاهداك على أن تشرك بى ماليس لك به علم الآية (ولانه يجب عليه الانفاق لاحيائه فيناقضه الاطلاق فى افنائه فان أدركه) أى أدرك الاب الابن ليقتله والابن قادر على قتله (امتنع) الابن (على الاب) بغير القتل بل يشغله بالمحاولة بان يعرقب فرسه أو يطرحه عن فرسه ويلجئه الى مكان ولاينبغى أن ينصرف عنه و يتركه لانه يصير حربا علينا بل يلجئه الى أن يفعل ماذكرنا ولايدعه أن يهرب الى أن يجىء من يقتله فامان لم يتمكن الابن من دفعه عن نفسه الابالقتل فليقتله لانه لو كان مسلما أراد قتل ابنه ولايتمكن من التخلص منه الابقتله كان له قتله لتعينه طريقا لدفع شره فهنا أولى ولو كانا فى سفر وعطشا ومع الابن ماء يكفى لنجاة أحدهما كان للابن شربه ولو كان الاب يموت وينبغى أنه لوسمع أباه المشرك يذكر الله أورسوله بسوء يكون له قتله لماروى أن أباعبيدة بن الجراح قتل أباه حين سمعه يسب النبى صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم ذلك ولايكره للاب قتل ابنه المشرك وكذاسائر القرابات عندنا كالعم والخال يباح قتلهم ولامناقضة لان نفقة ذوى الارحام عندنا لاتجب الاللمسلمين منهم بخلاف القرابات البغاة يكره أن يبتدئهم كالاب وأما فى الرجم اذا كان الابن أحد الشهود فيبتدئ بالرجم ولايقصد قتله بان يرميه مثلا بحصاة والله الموفق

﴿ باب الموادعة ومن يجوز أمانه ﴾

الموادعة المسالمة وهو جهاد معنى لاصورة فأخره عن الجهاد صورة ومعنى وماقيل لانه ترك الجهاد وترك الشىء يقتضى سبق وجوده فغير صحيح بل يتحقق ترك الزنا وسائر المعاصى ممن لم توجد منه أصلا و يثاب على ذلك

(واذا رأى الامام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله ووادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدى المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا

ذلك وكيف وهو مكلف بتركها فى جميع عمره والا كان تكليفا بالمحال (قوله واذا رأى الامام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا منهم) بمال وبلا مال (وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله) والآية وان كانت مطلقة لكن اجماع الفقهاء على تقييدها برؤية مصلحة للمسلمين فى ذلك بآية أخرى هى قوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الأعلون فأما اذا لم يكن فى الموادعة مصلحة فلا يجوز بالاجماع وفى السلم كسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها ومنه قوله تعالى وألقوا اليكم السلم ومقتضى الاصول أنها امامنسوخة ان كانت الثانية بعدها أى نسخ الاطلاق وتقييده بحالة المصلحة أو المعارضة فى حالة عدم وجود المصلحة ان لم يعلم ثم ترجح مقتضى المنع أعنى آية ولا تهنوا كما هو القاعدة فى تقديم المحرم وأما حديث موادعته عليه الصلاة والسلام أهل مكة عام الحديبية عشر سنين فنظر فيه بعض الشارحين بأن الصحيح عند أصحاب المغازى أنها سنتان كذا ذكره معتمر بن سليمان عن أبيه وليس بلازم لان الحاصل ان أهل النقل مختلفون فى ذلك فوقع فى سيرة موسى بن عقبة أنها كانت سنتين أخرجه البيهقى عنه وعن عروة بن الزبير مرسلا ثم قال البيهقى وقولهما سنتين يريدان بقاءه سنتين الى أن نقض المشركون عهدهم وخرج النبى صلى الله عليه وسلم اليهم لفتح مكة وأما المدة التى وقع عليها عقد الصلح فيشبه أن يكون المحفوظ ما رواه محمد بن اسحق وهى عشر سنين اهـ وما ذكره عن ابن اسحق هو المذكور فى سيرته وسيرة ابن هشام من غير أن يتعقبه ورواه أبو داود من حديث محمد بن اسحق عن الزهرى عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم أنهم اصطلحوا على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس وعلى أن بيننا عيبة مكفوفة وانه لا اسلال ولا اغلال ورواه أحمد رحمه الله فى مسنده مطولا بقصة الفتح حدثنا يزيد بن هرون أنبأنا ابن اسحق فساقه الى أن قال على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم عن بعض وكذا رواه الواقدى فى المغازى حدثنى ابن أبى سبرة عن اسحق بن عبد الله بن أبى بردة عن واقد بن عمرو فذكر قصة الحديبية الى أن قال على وضع الحرب عشر سنين الخ والوجه الذى ذكره البيهقى وجه حسن به تنتفى المعارضة فيجب اعتباره فان الكل اتفقوا على أن سبب الفتح كان نقض قريش العهد حيث أعانوا على خزاعة وكانوا دخلوا فى حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فى مدة الصلح فوقع الخلاف ظاهرا بأن مراد من قال سنتين ان بقاءه سنتان ومن قال عشرا قال انه عقده عشرا كما رواه كذلك فانه لا تنافى بينهما حينئذ والله سبحانه أعلم (قوله ولا يقتصر الحكم) وهو جواز الموادعة (على المدة المذكورة) وهى عشر سنين (لتعدى المعنى) الذى به علل جوازها وهو حاجة المسلمين أو ثبوت مصلحتهم فانه قد يكون

(قوله وكان ذلك مصلحة) قيل عليه بان قوله تعالى وان جنحوا للسلم ليس بمقيد بالمصلحة فكان الاستدلال به مخالفا للمدعى وأجيب بان هذه الآية محمولة على ما اذا كانت فى المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى وهى قوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الاعلون وبدليل الآيات الموجبة للقتال والا لزم التناقض لما ان موجب الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو بما ذكرنا بدليل موادعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة على ما ذكر فى الكتاب (ولا يقتصر الحكم على المدة المرويه) وهى عشر سنين فكانت هذه المدة المرويه من المقدرات التى لا تمنع الزيادة والنقصان لان مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهى قد تزيد وقد تنقص وقوله (لتعدى المعنى) وهو دفع الشر وقوله (بخلاف ما اذا لم يكن خيرا) حيث لا يجوز للامام أن يوادعهم عملا بقوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم

(قوله وأجيب بان هذه الآية الشريفة الى قوله وأنتم الاعلون) أقول فيه بحث لان المنهى عنه فى هذه الآية هو البداية بالدعوة الى السلم من جانب المسلمين والمأمور به فى الآية السابقة هو الميل اليها اذا مالوا اليها أولا فلا مخالفة بينهما حتى يعلل بالمصلحة ويرفع المنافاة ولعل النهى عنه انما هو لان فيه الحاقا للمذلة بالمسلمين كما يدل عليه قوله تعالى ولا تهنوا نعم يمكن أن يقال ان فى هذه الآية دلالة على انه لا تجوز الدعوة الى السلم اذا كان بهم ضعف فان النهى يقتضى المشروعية كما بين فى علم الاصول (قوله وبدليل الآيات الموجبة للقتال) أقول الآيات الموجبة للقتال معلومة التأخر عن آيات السلم كما صرح به فى النهاية وأيضا آية السلم نزلت مع الآيات المنزلة فى شأن بنى قريظة وهذه نزلت فى سورة التوبة منها قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية فتكون تلك الآية ناسخة لها فكيف يستدل بها (قوله وقوله بخلاف ما اذا لم يكن خيرا الى قوله ولا تهنوا الآية) أقول فيه بحث والظاهر أن يقال ان هذه الآية الكريمة لا تدل على عدم جواز المسالمة اذا طلبوها منا فكيف يستدل بها

لانه ترك الجهاد صورة ومعنى (وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع نبذ اليهم وقاتلهم) لانه عليه السلام نبذ الموادعة التى كانت بينه وبين أهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولابد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام فى العهود وفاء لاغدر ولابد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى فى ذلك بمضى مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى أطراف مملكته لان بذلك ينتفى الغدر قال (وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم) لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد فى حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى

بأكثر (بخلاف ما اذا لم تكن) الموادعة أو المدة المسماة (خيرا) للمسلمين فانه لا يجوز (لانه ترك للجهاد صورة ومعنى) وما أبيح الا باعتبار أنه جهاد وذلك انما يتحقق اذا كان خيرا للمسلمين والا فهو ترك للمأمور به وبهذا يندفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه أكثر من عشر سنين وان كان الامام غير مستظهر وهو قول الشافعى ولقد كان فى صلح الحديبية مصالح عظيمة فان الناس لما تقاربوا انكشف محاسن الاسلام للذين كانوا متباعدين لا يعقلونها من المسلمين لما قاربوهم وتخالطوا بهم (قوله وان صالحهم مدة ثم رأى أن نقض الصلح أنفع نبذ اليهم) أى ألقى اليهم عهدهم وذلك بأن يعلمهم أنه رجع عما كان وقع قال تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء أى على سواء منكم ومنهم فى العلم بذلك لكن ظاهر الآية أنه مقيد بخوف الخيانة وهو مثل ان علمتم فيهم خيرا فى الكتابة ولعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم حربا علينا والاجماع على أنه لا يتقيد بخطور الخوف لان المهادنة فى الاول ما صحت الا لانها أنفع فلما تبدل الحال عاد الى المنع (ولابد من النبذ تحرزا عن الغدر) وهو محرم بالعمومات نحو ما صح فى البخارى عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أربع خلال من كن فيه كان منافقا خالصا من اذا حدث كذب واذا وعد أخلف واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر وروى أبو داود والترمذى وصححه كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى اذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس أو برذون وهو يقول الله أكبر الله أكبر وفاء لا غدر فنظروا فاذا هو عمرو بن عبسة فارسل اليه معاوية فسأله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه وبين قوم عهد فليشد عقده ولا يحلها حتى ينقضى أمدها أو ينبذ اليهم على سواء فرجع معاوية بالناس ورواه أحمد وابن حبان وابن أبى شيبة وغيرهم وأما ماذكر المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام وفاء لا غدر فلم يعرف فى كتب الحديث الا من قول عمرو بن عبسة هذا وأما استدلاله بأنه صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التى كانت بينه وبين أهل مكة فالاليق أن يجعل دليلا فيما يأتى من قوله (وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه) وكذا اذا دخل جماعة منهم لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا فى حقهم خاصة فيقتلون ويسترقون هم ومن معهم من الذرارى الا أن يكون باذن ملكهم فيكون نقضا فى حق الكل ولو لم تكن لهم منعة لم يكن نقضا لا فى حقهم ولا فى حق غيرهم وانما قلنا هذا لانه عليه الصلاة والسلام لم يبدأ أهل مكة بل هم بدؤا بالغدر قبل مضى المدة فقاتلهم ولم ينبذ اليهم بل سأل الله تعالى أن يعمى عليهم حتى يبغتهم هذا هو المذكور لجميع أصحاب السير والمغازى ومن تلقى القصة ورواها كما فى حديث ابن اسحق عن الزهرى عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قالا كان فى صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه من شاء أن يدخل فى عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهده دخل فدخلت خزاعة فى عقد رسول

ولان الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى أما صورة فظاهر حيث تركوا القتال وأما معنى فلانه لما لم يكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن فى تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى أيضا وقوله نبذ اليهم نبذ الشئ من يده طرحه ورمى به نبذا ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك لانه طرح له وقوله (نبذ اليهم) أى بعث اليهم من يعلمهم بنقض العهد وقوله صلى الله عليه وسلم (فى العهود وفاء لا غدر) أى هى وفاء (قوله ولابد من اعتبار مدة الخ) قال الله تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء أى على سواء منكم ومنهم فى العلم بذلك فعرفنا أنه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل ان يعلموا بذلك ليعودوا الى ما كانوا عليه من التحصن وكان ذلك للتحرز عن الغدر

(قوله ولان الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى الخ) أقول فيه بحث (قوله وهو من ذلك الخ) أقول أى النبذ بمعنى نقض العهد من النبذ بمعنى الطرح

(واذا رأى الامام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به) لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة أما اذا لم تكن لايجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية هذا اذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولا لانه فى معنى الجزية أما اذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقى بينهم لانه مأخوذ بالقهر معنى (وأما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظر فى أمرهم) لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا فى اسلامهم (ولا يأخذ عليه مالا) لانه لايجوز أخذ الجزية منهم لما بينا (ولو أخذه لم يرده) لانه مال غير معصوم

الله صلى الله عليه وسلم ودخلت بنو بكر فى عقد قريش فمكثوا فى الهدنة نحو السبعة أو الثمانية عشر شهرا ثم ان بنى بكر الذين دخلوا فى عقد قريش وثبوا على خزاعة الذين دخلوا فى عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلا بماء لهم يقال له الوتير قريب من مكة وقالت قريش هذا الليل ولا يعلم بنا محمد ولا يرانا أحد فأعانوا بنى بكر بالسلاح والكراع وقاتلوا خزاعة معهم وركب عمرو بن سالم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك يخبره الخبر فلما قدم عليه أنشده

لاهم انى ناشد محمدا * حلف أبينا وأبيه الا تلدا

ان قريشا أخلفوك الموعدا * ونقضوا ميثاقك المؤكدا

هم بيتونا بالوتير هجدا * فقتلونا ركعا وسجدا

فانصر رسول الله نصرا عتدا

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نصرت ياعمرو بن سالم ثم أمر الناس فتجهزوا وسأل الله أن يعمى على قريش خبرهم حتى يبغتهم فى بلادهم وذكر موسى بن عقبة نحو هذا وان أبا بكر قال له يارسول الله ألم يكن بينك وبينهم مدة قال ألم يبلغك ماصنعوا ببنى كعب ورواه الطبرانى من حديث ميمونة ورواه ابن أبى شيبة مرسلا عن عروة ورواه مرسلا عن جماعة كثيرين فى كتاب المغازى وفيه فقال أبو بكر يارسول الله أولم يكن بيننا وبينهم مدة فقال انهم غدروا ونقضوا العهد فأنا غازيهم ثم فى النبذ لايكفى مجرد إعلامهم بل لابد من مضى مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى أطراف مملكته ولا يجوز أن يغير على شئ من بلادهم قبل مضى تلك المدة (قوله وان رأى الامام موادعة أهل الحرب وان يأخذ) المسلمون (على ذلك مالا جاز لانه لما جاز بلا مال فبالمال وهو أكثر نفعا أولى الا أن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم تكن فلا يوادعهم لما بينا من قبل) يعنى قوله لانه ترك للجهاد صورة ومعنى قال شارح ويجوز أن يكون اشارة الى قوله لانه يشبه الاجر يعنى فى مسئلة الجعل قبل باب كيفية القتال وهذا يقتضى أن الموادعة تجوز وأخذ مالهم لايجوز اذا كان مال المسلمين كثيرا غير أنهم ليسوا متأهبين للحرب لقلة العدد الحاضر لتفرق المقاتلة فى البلاد ونحوه وهو بعيد لان ذلك كله جهاد وفى أخذ مالهم كسر لشكوتهم وتقليل لمادتهم فأخذه لهذا المعنى من الجهاد لا الاجرة على الترك وباعتباره ثم مايؤخذ من هذا المال يصرف مصارف الخراج والجزية ان كان قبل النزول بساحتهم بل برسول اما اذا نزلنا بهم فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقى لانه مأخوذ منهم قهرا معنى وأما المرتدون فلا بأس بموادعتهم ومعلوم أن ذلك اذا غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار الحرب والا فلا لان فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لايجوز ولهذا قيده الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير بما ذكرنا قال يدل عليه وضع المسئلة فى مختصر الكرخى بقوله غلب المرتدون على دار من دور الاسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف فلو وادعهم على المال لايجوز لانه فى معنى الجزية ولا تقبل من المرتد جزية وقوله (لما بينا) يعنى فى باب الجزية (و) مع هذا (لو أخذه لايرده) عليهم لان مالهم فئ للمسلمين اذا ظهروا بخلاف مااذا أخذ من أهل البغى حيث

وقوله (لما بينا من قبل) يعنى قوله انه ترك الجهاد صورة ومعنى وقوله (اذا لم ينزلوا بساحتهم) أى اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب وقوله (لانه مأخوذ بالقهر معنى) يعنى فيكون كالمأخوذ قهرا صورة ومعنى وهو المأخوذ بعد الفتح بالقتال

(قال المصنف ولا يأخذ عليه مالا لانه لايجوز أخذ الجزية منهم لما بينا) أقول هذا انما يدل على عدم جواز أخذ المال منهم قبل الاحصار ولا دلالة فيه على عدمه بعده فتأمل قال فى الكافى ولا يأخذ منهم على ذلك مالا لان أخذ المال تقرير لهم على ذلك اه وفيه بحث فان الموادعة تكون بزمان معين فلو أخذ منهم على ذلك مالا مقدرا الى ذلك الزمان كيف يكون تقريرا لهم عليه

ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة بأهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب بأى طريق يمكن (ولا ينبغى أن يباع السلاح من أهل الحرب

يردعليهم بعدما وضعت الحرب أوزارها لانه ليس فيأ الا أنه لا يرده حال الحرب لانه اعانة لهم (قوله ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية) أى النقيصة ومن ذلك قول عمر لابى بكر رضى الله عنهما فى الحديبية وكان متجانفا عن الصلح أليس برسول الله صلى الله عليه وسلم قال أبو بكر بلى قال أولسنا بالمسلمين قال بلى قال أوليسوا بالمشركين قال بلى قال فعلام نعطى الدنية فى ديننا فقال له أبو بكر الزم غرزه فانى أشهد أنه رسول الله فقال عمر وأنا أشهد أنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره ابن اسحق فى السير وفى الحديث ليس للمؤمن أن يذل نفسه فالعزة خاصية الايمان قال الله تعالى ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين (الا اذا خاف) الامام (الهلاك) على نفسه والمسلمين فلا بأس لان النبى صلى الله عليه وسلم لما اشتد على الناس البلاء فى وقعة الخندق أرسل الى عيينة بن حصن الفزارى والحرث بن عوف بن أبى حارثة المرى وهما قائدا غطفان واعطاهما ثلث ثمار المدينة على أن يرجعا بمن معهما فجرى بينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصلح فلما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفعل بعث الى سعد بن معاذ وسعد بن عبادة فذكر لهما ذلك واستشارهما فيه فقالا له يا رسول الله أأمر تحبه فتصنعه أم شيأ أمرك الله به لا بد لنا من العمل به أم شيأ تصنعه لنا قال بل شئ أصنعه لكم والله ما أصنع ذلك الا لانى رأيت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة وكالبوكم من كل جانب فأردت أن أكسر عنكم من شوكتهم الى أمر ما فقال له سعد بن معاذ يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الاوثان لا نعبد الله ولا نعرفه وهم لا يطمعون أن يأكلوا منا ثمرة الا قرى أو بيعا أفحين أكرمنا الله بالاسلام وهدانا له وأعزنا بك وبه نعطيهم أموالنا ما لنا بهذا من حاجة والله ما نعطيهم الا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنت وذاك فتناول سعد الصحيفة فمحا ما فيها من الكتابة ثم قال ليجهدوا علينا قال محمد بن اسحق حدثنى به عاصم بن عمرو بن قتادة ومن لا أتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهرى وعلل المصنف هذا بقوله (لان دفع الهلاك واجب بأى طريق يمكن) وهو تساهل فانه لا يجب دفع الهلاك باجراء كلمة الكفر ولا بقتل غيره لو أكره عليه بقتل نفسه بل يصبر للقتل ولا يقتل غيره ولو شرطوا فى الصلح أن يرد عليهم من جاء مسلما منهم بطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد اليهم من جاءنا منهم مسلما وهو قول مالك وقال الشافعى يجب الوفاء به فى الرجال دون النساء لانه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك فى الحديبية حين جاء أبو جندل بن عمرو ابن سهيل وكان قد أسلم فرده فصار ينادى يا معشر المسلمين أأرد الى المشركين يفتنونى عن دينى فقال له عليه الصلاة والسلام اصبر أبا جندل واحتسب فان الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجا ومخرجا وكذا رد أبا بصير وأما لو شرط مثله فى النساء لا يجوز ردهن ولا شك فى انفساخ نكاحها فلو طلب زوجها الحربى المهر هل يعطاه للشافعى فيه قولان فى قول لا يعطاه وهو قولنا وقول مالك وأحمد وفى قول يعطاه قال تعالى فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار وهذا هو دليل النسخ فى حق الرجال أيضا اذ لا فرق بين النساء والرجال فى ذلك بل مفسدة رد المسلم اليهم أكثر وحين شرع ذلك كان فى قوم من أسلم منهم لا يبالغون فى تعذيبه فان كل قبيلة لا تتعرض لمن فعل ذلك من قبيلة أخرى انما يتولى ردعه عشيرته وهم لا يبلغون فيه أكثر من القيد والسب والاهانة ولقد كان بمكة بعد هجرة النبى صلى الله عليه وسلم جماعة من المستضعفين مثل أبى بصير وأبى جندل بن عمرو بن سهيل الى نحو سبعين لم يبلغوا فيهم النكاية لعشائرهم والامر الآن على خلاف ذلك (قوله ولا ينبغى أن يباع السلاح من أهل الحرب)

وقوله (لما فيه من اعطاء الدنية) أى النقيصة وقوله (الا اذا خاف الهلاك) يعنى على نفسه ونفس سائر المسلمين فحينئذ لا بأس بدفع المال لما روى أن المشركين لما أحاطوا بالخندق وصار المسلمون الى ما أخبر الله عنهم بقوله تعالى هنالك ابتلى المؤمنون وزلزلوا زلزالا شديدا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عيينة بن حصن وطلب منه أن يرجع بمن معه على أن يعطيه فى كل سنة ثلث ثمار المدينة فأبى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم قام سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد ابن عبادة وقالا يا رسول الله ان كان عن وحى فامض لما أمرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم فى الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطمعون فى ثمار المدينة الا بشراء أو قرى فاذا أعزنا الله بالدين وبعث الينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا السيف فقال عليه الصلاة والسلام انى رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فأحببت أن أصرفهم عنكم فان أبيتم ذلك فأنتم وذاك اذهبوا فلا نعطيكم الا السيف فقد مال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الصلح فى الابتداء لما أحس الضعف بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بما قال السعدان امتنع عن ذلك (قوله بأى طريق يمكن) قيل فى هذا التعميم شبهة وهى أنه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا باجراء كلمة الكفر أو بقتل اذا غيره أو بالزنا فان دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير واجب بل هو مرخص فيه حتى لو قتل فيها بصبره عنها كان شهيدا وأجيب عنها بان معنى

ولايجهز اليهم) لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذلك الحديد لانه أصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض أو الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس فى الطعام والثوب الا أنا عرفناه بالنص فانه عليه الصلاة والسلام أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه

اذا حضر وامستأمنين (ولايجهز اليهم) مع التجار الى دار الحرب (لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله اليهم) والمعروف ما فى سنن البيهقى ومسند البزار ومعجم الطبرانى من حديث (١) بحر بن كنيز السقاء عن عبيد الله اللقيطى عن أبى رجاء عن عمران بن الحصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح فى الفتنة قال البيهقى الصواب أنه موقوف وأخرجه ابن عدى فى الكامل عن محمد بن مصعب القرقسانى وقد اختلف فيه ضعفه ابن معين وقال ابن عدى وهو عندى لا بأس به ونقل عن أحمد نحو ذلك قال المصنف (ولان فيه) أى فى نقل السلاح وتجهيزه اليهم (تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع) أى الخيل ولا فرق فى ذلك بين ما قبل الموادعة وبين ما بعدها (لانها على شرف الانقضاء أو النقض) قال (وهو القياس فى الطعام) أى القياس فيه أن يمنع من حمله الى دار الحرب لان به يحصل التقوى على كل شئ والمقصود اضعافهم (الا أنا عرفناه) أى نقل الطعام اليهم (بالنص) يعنى حديث ثمامة وحديث إسلامه رواه البيهقى من طريق محمد بن اسحق عن سعيد المقبرى عن أبى هريرة فذكر قصة اسلام ثمامة وفى آخره قوله لاهل مكة حين قالوا له أصبوت فقال انى والله ما صبوت ولكنى أسلمت وصدقت محمدا وآمنت به وأيم الذى نفس ثمامة بيده لا تأتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى يأذن فيها محمد صلى الله عليه وسلم وانصرف الى بلده ومنع الحمل الى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسألونه بأرحامهم أن يكتب الى ثمامة يحمل اليهم الطعام ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكره ابن هشام فى آخر السيرة وذكر أنهم قالوا له صبأت فقال لا ولكنى اتبعت خير الدين دين محمد والله لا تصل اليكم حبة من اليمامة حتى يأذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أن قال فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انك تأمر بصلة الرحم وانك قد قطعت أرحامنا فكتب عليه الصلاة والسلام اليه أن يخلى بينهم وبين الحمل وأما بيع الحديد فمنعه المصنف (لانه أصل السلاح) وهو ظاهر الرواية فان الحاكم نص على تسوية الحديد والسلاح وذهب فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير الى أنه لا يكره حيث قال وهذا فى السلاح وأما فيما لا يقاتل به الا بصنعة فلا بأس به كما كرهنا بيع المزامير وأبطلنا بيع الخمر ولم نر ببيع العنب بأسا ولا ببيع الخشب وما أشبه ذلك وقال الفقيه أبو الليث فى شرحه وليس هذا كما قالوا فى بيع العصير ممن يجعله خمرا لان العصير ليس بآلة المعصية بل يصير آلة لها بعد ما يصير خمرا وأما هنا فالسلاح آلة الفتنة فى الحال ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة قيل باشارة هذا يعلم أن بيع الحديد منهم لا يكره ﴿فروع من المبسوط﴾ طلب ملك منهم الذمة على أن يترك أن يحكم فى أهل مملكته ما شاء من قتل وظلم لا يصلح فى الاسلام لا يجاب الى ذلك لان التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام ولان الذمى من يلتزم أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فشرط خلافه باطل ولو كان له أرض فيها قوم من أهل مملكته هم عبيده يبيع منهم ما شاء فصالح وصار ذمة فهم عبيده كما كانوا يبيعهم ان شاء لان عقد الذمة خلف عن الاسلام فى الاحرار ولو أسلم كانوا عبيده فكذا اذا صار ذميا وهذا لانه كان مالكا لهم بيده القاهرة وقد ازدادت وكادة بعقد الذمة فان ظفر عليهم عدو فاستنقذهم المسلمون فانهم يردونهم على هذا الملك بغير شئ قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة كسائر أموال أهل الذمة وهذا لان على المسلمين القيام بدفع الظلم عن أهل الذمة كما عليهم ذلك فى حق المسلمين

الكلام بأى طريق يمكن سوى الامور التى رخص فيها ولم يجب الاقدام عليها وأقول الواجب بمعنى الثابت فتندفع به أيضا وقوله (ولايجهز اليهم) أى لا يبعث التجار اليهم بالجهاز وهو فاخر المتاع والمراد به ههنا السلاح والكراع والحديد وقوله (لما بينا) يعنى قوله ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين ويقال مار أهله أى أتاهم بالطعام

---

(١) بحر بن كنيز كذا هو فى الخلاصة بمهملة بعد الموحدة وأبوه بنون وآخره معجمة وهو الصواب وليحذر ما وقع فى بعض النسخ من بحر بن كثير كتبه مصححه

﴿فصل﴾ (اذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم) والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم أي أقلهم

وكذا لو أسلم الملك وأهل أرضه أو أسلموا هم دونه هم عبيده ولو وادعوا على أن يؤدوا كل سنة شيأ معلوما وعلى أن لا يجري عليهم في بلادهم أحكام المسلمين لا يفعل ذلك الا أن يكون خيرا للمسلمين لانهم بهذه الموادعة لا يلتزمون أحكام المسلمين ولا يخرجون من أن يكونوا أهل حرب وترك القتال مع أهل الحرب لا يجوز الا أن يكون خيرا للمسلمين ثم ان فعل ذلك ان كان بعد ما أحاط بهم الجيش أو قبله برسول تقدم حكم هذا المال ولو صالحوهم على أن يؤدوا اليهم في كل سنة مائة رأس من أنفسهم وأولادهم لم يصح لان هذا الصلح وقع على جماعتهم فكانوا كلهم مستأمنين واسترقاق المستأمن لا يجوز ألا ترى أن واحدا منهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز فكذلك لا يجوز تمليك شئ من نفوسهم وأولادهم بحكم تلك الموادعة لان حريتهم تأكدت بخلاف ما لو صالحوهم على مائة رأس بأعيانهم أول السنة وقالوا أمنونا على أن هؤلاء لكم ونصالحكم ثلاث سنين مستقبلة على أن نعطيكم كل سنة مائة رأس من رقيقنا فانه جائز لان المعينين في السنة الاولى لا تتناولهم الموادعة ومنها يثبت الامان لهم فاذا جعلوهم مستثنى من الموادعة بجعلهم اياهم عوضا للمسلمين صاروا مماليك المسلمين بالموادعة والمشروط في السنين الكائنة بعد الموادعة أرقاء فجاز ولو سرق مسلم مالهم بعد الموادعة لا يحل شراؤه منه لان مال المستأمن لا يملك بالسرقة لانه غدر فلا يصح شراؤه منه ولو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الصلح جاز أن يشترى منهم ما أخذوه من أموالهم لانهم ملكوها بالاحراز كمال المسلمين ثم لا يلزم رد شئ من ذلك عليهم ولا بالثمن لانهم بالموادعة ما خرجوا عن كونهم أهل حرب اذ لم ينقادوا الى حكم الاسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم ولو دخل بعضهم دار حرب أخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لانه في أمان المسلمين

﴿فصل في الامان﴾ وهو نوع من الموادعة في التحقيق (قوله اذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم) على اسناد المصدر الى المفعول (ولم يجز لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم) أي لا تزيد دية الشريف على دية الوضيع (ويسعى بذمتهم أدناهم) أخرج أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويرد عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم ومعنى يرد عليهم أقصاهم أي يرد الابعد منهم التبعة عليهم وذلك أن العسكر اذا دخل دار الحرب فاقتطع الامام منهم سرايا ووجهها للاغارة فما غنمته جعل لها ما سمي ويرد ما بقي لاهل العسكر لان بهم قدرت السرايا على التوغل في دار الحرب وأخذ المال وأما قوله وهم يد الخ أي كأنهم آلة واحدة مع من سواهم من الملل كالعضو الواحد باعتبار تعاونهم عليهم لكن رواه ابن ماجه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويجير عليهم أقصاهم وهم يد الحديث ففسر الرد في ذلك الحديث بالاجارة فالمعنى يرد الاجارة عليهم حتى يكون كلهم مجيرا والمقصود من هذا الحديث محل الدية وهو في الصحيحين عن علي رضي الله عنه قال ما كتبنا عن النبي صلى الله عليه وسلم الا القرآن وما في هذه الصحيفة قال عليه الصلاة والسلام المدينة حرم فمن أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا وأخرج البخاري نحوه أيضا من حديث أنس ومسلم من حديث أبي هريرة ومن قال ان الشيخ علاء الدين وهم اذ أخرجه من حديث علي من جهة أبي داود والواقع

﴿فصل﴾ لما كان الامان نوعا من الموادعة لان فيه ترك القتال كالموادعة ذكره في فصل على حدة وكلامه واضح وقوله (ويسعى بذمتهم) أي بعهدهم وأمانهم (أدناهم أي أقلهم

وهو الواحد ولانه من أهل القتال فيخافونه اذ هو من أهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزأ وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزأ فيتكامل

أن الشيخين أخرجاه غلط فان ما فى الصحيحين ليس فيه تتكافأ دماؤهم وهو يريد أن يخرج ما ذكره فى الهداية لا ما هو محل الحاجة من الحديث فقط وفسر المصنف أدناهم بأقلهم فى العدد (وهو الواحد) احترازا عن تفسير محمد من الدناءة ليدخل العبد كما سيأتى وليس بلازم اذ هو على هذا التفسير أيضا فيه دليل لمحمد وهو اطلاق الادنى بمعنى الواحد فانه يتناول الواحد حرا أو عبدا وقد ثبت فى أمان المرأة أحاديث منها حديث أم هانئ فى الصحيحين رضى الله عنها قالت يارسول الله زعم ابن أمى على أنه قاتل رجلا قد أجرته فلان بن فلان قال عليه الصلاة والسلام قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت ورواه الازرقى من طريق الواقدى عن ابن أبى ذئب عن المقبرى عن أبى مرة مولى عقيل عن أم هانئ بنت أبى طالب رضى الله عنها قالت ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت له يارسول الله انى أجرت حموين لى من المشركين فأراد هذا أن يقتلهما فقال عليه الصلاة والسلام ما كان له ذلك الحديث وكان الذى أجارته أم هانئ عبد الله بن أبى ربيعة بن المغيرة والحرث بن هشام بن المغيرة كلاهما من بنى مخزوم ومنها ما رواه أبو داود حدثنا عثمان بن أبى شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة رضى الله عنها قالت ان كانت المرأة لتجير على المؤمنين فيجوز وترجم الترمذى باب أمان المرأة حدثنا يحيى بن أكثم الى أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ان المرأة لتأخذ للقوم يعنى تجير القوم على المسلمين وقال حديث حسن غريب وقال فى علله الكبرى سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال هو حديث صحيح وكثير بن زيد وهو فى السند سمع من الوليد بن رباح والوليد بن رباح سمع من أبى هريرة ومنها حديث اجارة زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا العاص فقال عليه الصلاة والسلام ألا وانه يجير على المسلمين أدناهم رواه الطبرانى بطوله قال المصنف (ولانه من أهل القتال) أى الواحد ذكرا كان أو أنثى فانهما من أهله بالتسبب بمالها وعبيدها فيخاف منه (فيتحقق الامان منه لملاقاته محله) أى محل الامان وهو الكافر الخائف واذا صدر التصرف من أهله فى محله نفذ (ثم يتعدى الى غيره) أى غير المجير من المسلمين وأما قوله ولان سببه لا يتجزأ الخ فيصلح تعليلا بلا واو للتعدى فان ما ذكر من المعنى لا يزيد على اعتبار الامان بالنسبة الى المؤمن فأما تعديه الى غيره فليس ضروريا فلا بد له من دليل وما ذكر من عدم التجزى يصلح دليلا له فانه اذا لم يتجزأ كان أمان الواحد أمان الكل لانه بعض أمان الكل واستدل على عدم تجزيه بأن سببه وهو الايمان لا يتجزأ فكذا الامان وفسر بالتصديق الذى هو ضد الكفر وبعضهم باعطاء الامان لانه يقال آمنته فأمن أى أعطيته الامان فأمن ولا يصح أن يقال آمنت بمعنى صدقت بالدين فأمن الكافر أى حصل له الامان وهذا انما يتم اذا كان السبب علة وهو مجاز فان حقيقة السبب المفضى فلا يلزم من وجوده الوجود ولا شك أن الايمان بالله ورسوله سبب مفض الى أمان الحربى باعطاء المسلم اياه له فالحق أن كلا منهما يصح الايمان أى اعطاء الامان سبب الامان بمعنى علته لا يتجزأ فلا يتجزأ الامان أو الايمان بمعنى التصديق سبب حقيقى للامان لا يتجزأ فلا يتجزأ الامان وصار

وهو الواحد) لانه لا أقل منه وانما فسر الادنى ههنا بالاقل احترازا عن تفسير محمد حيث فسره بالعبد لانه جعله من الدناءة والعبد أدنى المسلمين وقوله (ولانه) أى ولان كل واحد من الرجل والمرأة (من أهل القتال) أما الرجل فظاهر وأما المرأة فبالتسبب بالمال أو العبيد وأما قوله عليه السلام ما كانت هذه تقاتل معناه بنفسها وقوله (لملاقاته) أى لملاقاة الامان (محله) لان محله هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا وقوله (ثم يتعدى) أى الامان (الى غيره) أى غير الذى أمن من أهل الاسلام كما فى شهادة رمضان فان الصوم يلزم من شهد برؤية الهلال ثم يتعدى منه الى غيره (قوله ولان سببه لا يتجزأ وهو الايمان) أى التصديق بالقلب (فكذا الامان لا يتجزأ) فاذا تحقق من البعض فاما أن يبطل أو يكمل لا يجوز الاول بعد تحقق السبب فيتحقق الثانى كما اذا وجد الانكاح من بعض الاولياء المتساوية فى الدرجة صح النكاح فى حق الكل لان سبب ولايته وهو القرابة غير متجزئ فلا تتجزأ الولاية فكذلك ههنا واعلم أن المصنف استدل بالمعقول على وجهين جعل المناط فى أحدهما كون من يعطى الامان ممن يخافونه وفى الآخر الايمان والاول يقتضى عدم جواز أمان العبد المحجور والتاجر والاسير والثانى يقتضى جوازه ولو جعلهما علة واحدة بحذف الواو من الثانى ليقع علة لقوله ثم يتعدى الى غيره كان أولى ويمكن أن يجعل الاول علة والثانى شرطا وسماه سببا مجازا والشئ يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجئ فى كلامه اشارة الى هذا

(فصل واذا أمن رجل حر) (قوله وهو الايمان أى التصديق) أقول قال الاتقانى وهو الايمان أى اعطاء الامان اهـ وأنت خبير بان تفسير الشارح أولى منه يدل عليه قول عمر رضى الله عنه انه رجل من المسلمين على ما سيجئ

وقوله (الا أن يكون فى ذلك مفسدة) استثناء من قوله صح أمانهم وقوله (وقد بيناه) يعنى فى باب الموادعة بقوله وان صالحهم مدة الخ واليه أيضا أشار بقوله (لما بينا) قيل قوله (ولو حاصر الامام حصنا وأمن واحد من الجيش) تكرار محض لانه علم ذلك من قوله الا أن يكون فى ذلك مفسدة وأقول يجوز أن يكون ذلك قبل أن يحاصر الامام وهذا بعده و يجوز أن يكون أعاده تمهيدا او توطئة لقوله و يؤدبه الامام لافتياته على رأيه أى لسبقه على رأى الامام وحقيقة الافتيات الاستبداد بالرأى وهو افتعال من الفوت وهو

كولاية الانكاح قال (الا أن يكون فى ذلك مفسدة فينبذ اليهم) كما اذا أمن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة فى النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام لما بينا و يؤدبه الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا (ولا يجوز أمان ذمى) لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين قال (ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم) لانهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح لنا باب الفتح ومن أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح أمانه لما بينا (ولا يجوز أمان العبد المحجور عند أبى حنيفة الا أن يأذن له مولاه فى القتال وقال محمد يصح) وهو قول الشافعى وأبو يوسف معه فى رواية ومع أبى حنيفة فى رواية لمحمد قوله عليه السلام أمان العبد أمان رواه أبو موسى الاشعرى ولانه مؤمن ممتنع فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له فى القتال و بالمؤبد من الامان

(كولاية الانكاح) اذا زوج أحد الاولياء المستوين نفذ على الكل واعلم أن كونها لا تتجزأ انما علمناه من النص الموجب للنفاذ على الكل اذا صدر من واحد فهو المرجع فى ذلك (وقوله الا اذا كان فى ذلك) أى أمان الواحد (مفسدة فينبذ اليهم كما اذا أمن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة فى النبذ وقد بيناه) فى الباب السابق وهو قولنا يفعل تحرزا عن الغدر وعن ترك الجهاد صورة ومعنى وأما قوله (ولو حاصر الامام حصنا وأمن واحد من الناس الخ) فليس تكرارا محضا بل ذكره ليبنى عليه قوله (و يؤدبه الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر) لا يؤدبه (لانه ربما) فعل ذلك مخافة أن (تفوت المصلحة بالتأخير) الى أن يعلم الامام بها و يؤمن هو بنفسه والافتيات افتعال من الفوت وهو السبق وانما يقال الافتعال للسبق الى الشئ دون ائتمار من ينبغى أن يؤامر فيه بخلاف غيره يقال فاتنى ذلك الفارس أى سبقنى فأصله افتوات قلبت واوه ياء لكسر ما قبلها والتعليل به مطلقا يقتضى أن يؤدبه مطلقا لتحقق الافتيات فيما فيه المصلحة فالوجه تقييده بقولنا افتيات فيما لا مصلحة فيه (قوله ولا يجوز أمان ذمى لانه متهم بهم) على المسلمين لموافقته لهم اعتقادا وأيضا لا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والامان من باب الولاية لانه نفاذ كلامه على غيره شاء أو أبى (ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم) فى دار الحرب (لانهما مقهوران تحت أيديهم والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانه كلما اشتد الامر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح باب الفتح) (قوله ومن أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا لم يصح أمانه لما بينا) من أن الامان يختص بمحل الخوف ولا خوف منه حال كونه مقيما فى دارهم لا منعة له ولا قوة دفاع (قوله ولا يصح أمان العبد المحجور عليه عند أبى حنيفة الا أن يأذن له مولاه فى القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعى) وبه قال مالك وأحمد (وأبو يوسف فى رواية) لاطلاق الحديث المذكور وهو قوله و يسعى بذمتهم أدناهم (و) لما (روى أبو موسى الاشعرى من قوله عليه الصلاة والسلام أمان العبد أمان ولانه مؤمن ممتنع) أى له قوة يمتنع بها و يضر غيره (فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له فى القتال و بالمؤبد من الامان) وهو عقد الذمة فان العبد

السبق قوله (ولا يجوز أمان ذمى لانه متهم بهم) أى بالكفار للاتحاد فى الاعتقاد وقوله (لا يصح أمانه لما بينا) يعنى قوله والامان يختص بمحل الخوف قال (ولا يجوز أمان العبد الخ) اتفق العلماء على أن أمان العبد المأذون صحيح لما روى أن عبدا كتب على سهمه بالفارسية مترسيت ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر رضى الله عنه فأجاز أمانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمى فعل المقاتل وأما العبد المحجور عن القتال فلا يصح أمانه عند أبى حنيفة و يصح عند محمد والشافعى وذكر الكرخى قول أبى يوسف مع محمد واعتمد عليه القدورى فى شرحه وذكره الطحاوى مع أبى حنيفة وهو الظاهر عنه واعتمد عليه صاحب الاسرار واستدلال محمد بالحديث ظاهر وقوله (ولانه مؤمن ممتنع) أى ذو قوة وامتناع اشارة الى شرط جواز الامان وهو الايمان والى علته وهو الخوف لان الخوف انما يحصل ممن له قوة وامتناع وقوله (و بالمؤبد من الامان) يعنى عقد الذمة فان الحربى اذا عقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والقبول من العبد و يصير ذميا بالاتفاق المحجور

(قوله وقوله الا أن يكون فى ذلك مفسدة استثناء من قوله صح أمانهم) أقول بل استثناء من قوله ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم (قوله قيل قوله ولو حاصر الامام) أقول صاحب القيل هو الاتقانى (قوله وأقول يجوز أن يكون ذلك الى قوله ويجوز أن يكون الخ) أقول فى كلا الوجهين بحث

فالايمان لكونه شرط العبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتأثير اعزاز الدين واقامة المصلحة فى حق جماعة المسلمين اذ الكلام فى مثل هذه الحالة وانما الاعلاك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل فى مجرد القول ولابى حنيفة أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف المأذون له فى القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسايفة لما أنه تصرف فى حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر فى حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون لانه رضى به والخطأ نادر لمباشرته القتال وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسئلتهم ذلك واسقاط الفرض نفع فافترقا

المحجور اذا عقد الذمة لاهل مدينة صح ولزم وصاروا أهل ذمة فهذا وهو الموقت من الذمة أولى بالصحة وهذا لان ذلك تمام المؤثر فى صحة الامان أما الايمان فلانه شرط العبادات والجهاد من أعظمها وأما اعتبار الامتناع فلتحقق ازالة الخوف وبذلك يتحقق المؤثر الجامع بين الاصل والفرع وهو (اعزاز الدين واقامة مصلحة المسلمين اذ الكلام فى مثل هذه الحالة) لا فيما لا مصلحة فيه (وانما الاعلاك المسايفة) أى الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوات بأن يقتل وهذا المانع انما يؤثر فى الجهاد بذلك الوجه لا بوجه اعطاء الامان لمصلحة المسلمين فلم يبق بينه وبين المحجور عليه فى هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه (ولابى حنيفة) ومالك فى رواية سحنون عنه (أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه) لانتفاء الخوف منه (فلم يلاق الامان محله) وهو الخائف من المؤمن فلم يحصل المؤثر فيه وهو الاعزاز لانه ممن لا يخاف منه ولا المصلحة لان الظاهر أنه يخطئ لان معرفة المصلحة فى الامان انما تقوم عن يباشر القتال وهو المأذون لانه أدرى بالامر من غير الممارس له وفى خطئه سد باب الاستغنام على مولاه وعلى المسلمين فلم يعر عن احتمال الضرر احتمالا راجحا (بخلاف) العبد (المأذون وبخلاف) الامان (المؤبد) باعطاء الجزية (لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة الى الاسلام) ولكل مسلم عبد أو حر ذلك (ولانه مقابل بالجزية) فالمصلحة للسيد ولعامة المسلمين محققة فيه (ولانه مفروض عند مسئلتهم) لان الله تعالى غيا قتالهم به بقوله تعالى حتى يعطوا الجزية ففى عقد الذمة لهم (اسقاط الفرض) عن الامام وعامة المسلمين وهو كذلك (نفع) محقق (فافترقا) واعلم أن وجه العامة تضمن قياسين قياس

حتى تجرى عليه أحكام أهل الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك وقوله (فالايمان لكونه شرط العبادة) يعنى شرطنا الايمان فى قولنا ولانه مؤمن ممتنع فيصح أمانه لانه شرط العبادة (والجهاد عبادة) وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم وسيجىء فى كلامه اشارة الى هذا وقوله (والامتناع) يعنى وشرطنا الامتناع ليتحقق ازالة الخوف به وقوله (والتأثير اعزاز الدين) يعنى العلة الجامعة فى قياس العبد المحجور على المأذون له اعزاز الدين واقامة المصلحة الخ وتحقيق هذا أن الوصف المؤثر فى أمان العبد المأذون له الامتناع وشرطه الايمان وهذا الوصف معلل بظهور أثره وهو اعزاز الدين واقامة المصلحة فى حق جماعة المسلمين فى عين هذا الحكم وهو الامان فى الحر فاذا وجد فى المحجور عليه صح تعديته اليه كما فى سائر الاقيسة وقوله (وانما الاعلاك المسايفة) جواب عما يقال الاصل فى الجهاد هو المسايفة وهو لا يملكه فلا يملك الامان أيضا وتقريره انما لا يملك المسايفة (لما فيه من (٣٠١) تعطيل منافع المولى) وهو لا يملك ذلك (ولا تعطيل) لمنافعه (فى مجرد القول) وقوله (ولابى حنيفة أنه محجور عن القتال) يصح أن يكون ممانعة وتقريره لا نسلم وجود الامتناع لان الامتناع انما يكون ليتحقق ازالة الخوف وهم لا يخافونه وأن يكون معارضة وهو الظاهر من كلام المصنف وتقريره أنه محجور عن القتال وكل محجور عن القتال لا يصح أمانه لانهم لا يخافونه وفيه نظر فان الخوف أمر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه فالكفار من أين يعلمون أنه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه والجواب أن ذلك يعلم بترك المسايفة فانهم لما رأوا شابا مقتدرا على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحا ولا يقاتلهم علموا أنه ممنوع عن ذلك ممن له المنع ولو قال المصنف انه محجور عن القتال والامان نوع قتال لكان أسهل اثباتا للمذهب أبى حنيفة رضى الله عنه فتأمل وقوله (وفيه ما ذكرناه) يريد أنه تصرف فى حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر وقوله (وفيه سد باب الاستغنام) أى على المسلمين وذلك ضرر فى حقهم فاذا كان ممنوعا عن الضرر للمولى فكيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين وقوله (وبخلاف المؤبد) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على عقد الذمة (لانه) أى الامان المؤبد (خلف عن الاسلام) من حيث إنه ينتهى به القتال المطلوب به اسلام الحربى (فهو بمنزلة الدعوة اليه) أى الى الاسلام وهى نفع (ولانه مقابل بالجزية) وهى نفع (ولانه مفروض عند مسئلتهم ذلك) يعنى أن الكفار اذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الامام اجابتهم اليه (واسقاط الفرض نفع فافترقا)

(قال المصنف فالايمان لكونه شرطا الخ) أقول سيجىء أن الامان نوع قتال (قوله وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم الخ) أقول يعنى تقدم تخمينا بعشرين سطرا وهو قوله والشئ يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجىء فى كلامه اشارة الى هذا (قوله ولو قال المصنف انه محجور عن القتال الخ) أقول ان أراد انه محجور عن القتال الحقيقى والحكمى فهو ممنوع بل هو أول المسئلة وان أراد أنه محجور عن الحقيقى فمسلم وليس الامان منه ولعله انما أمر بالتأمل لذلك

ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وإن كان مأذوناً له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق

أمان المحجور على أمان المأذون في القتال وقياس أمان المحجور على عقد الذمة من المحجور ولا شك أن فرق أبي حنيفة في الثاني متجه وأما دفعه القياس الأول فلا لأنه إن فرق بأنه لا يخاف منه والآخر يخاف منه فالظاهر أن ذلك بالنسبة إلى أهل الحرب غير معلوم فإنهم لا يعرفون المأذون له فيخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من رأوه مع المسلمين سوى البنية فهو مخوف لهم وأما بأن الظاهر خطؤه في المصلحة فلا تأثير له لأن الأمان غير لازم إذا لم يكن فيه مصلحة بل إذا كان كذلك نبذ إليهم الإمام به نعم الاستدلال بالحديث المروي عن أبي موسى غير تام لأنه حديث لا يعرف فإن قلت فقد روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهرتا فحاصرناها شهراً حتى إذا كنا ذات يوم وطمعنا أن نصبحهم انصرفنا عنهم عند المقيل فتخلف عبد منا فاستأمنوه فكتب إليهم أماناً ثم رمى به إليهم فلما رجعنا إليهم خرجوا إلينا في ثيابهم ووضعوا أسلحتهم فقلنا لهم ما شأنكم فقالوا أمنتمونا وأخرجوا إلينا السهم فيه كتاب بأمانهم فقلنا هذا عبد والعبد لا يقدر على شيء قالوا لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بأمان فكتبنا إلى عمر رضي الله عنه فكتب إن العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم ورواه ابن أبي شيبة وزاد وأجاز عمر أمانه فالجواب أنها واقعة حال فجاز كونه مأذوناً له في القتال وأيضاً جاز كونه محجوراً والأمان كان عقد ذمة وأنه يصح منه والله أعلم إلا أن إطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي إناطته مطلقاً بذلك والحديث جيد وفضيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين (قوله وإن أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح) بإجماع الأئمة الأربعة (كالمجنون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف) بين أصحابنا لا يصح عند أبي حنيفة ويصح عند محمد وبقول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد في وجه لأن قوله غير معتبر كطلاقه وعتاقه وبقول محمد قال مالك وأحمد (وإن كان مأذوناً له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق) بين أصحابنا وبه قال مالك وأحمد لأنه تصرف دائر بين النفع والضرر فيملكه الصبي المأذون والمراد بكونه يعقل أن يعقل الإسلام ويصفه وأضاف أبو يوسف إلى أبي حنيفة في السير الكبير في عدم الصحة وإنما قال المصنف والأصح والله أعلم لأنه أطلق المنع في الصبي المراهق عن أبي حنيفة كما نقله الناطفي في الأجناس ناقلاً عن السير الكبير فقال قال محمد الغلام الذي راهق الحلم وهو يعقل الإسلام ويصفه جائز أمانه ثم قال وهذا قوله فأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلا يجوز وكذا وقع الإطلاق في كفاية البيهقي فقال لا يجوز أمان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند أبي حنيفة وعند محمد يجوز إذا كان يعقل الإسلام وصفاته وكذا المختلط العقل لأنه من أهل القتال كالبالغ إلا أنه يعتبر أن يكون مسلماً بنفسه فهذا كما ترى بإجراء الخلاف في الصبي مطلقاً قال المصنف والأصح التفصيل بين كون العاقل محجوراً عن القتال أو مأذوناً له فيه ففي الثاني لا خلاف في صحة الأمان هذا ومن ألفاظ الأمان قولك للحربي لا تخف ولا توجل أو مترسيت أو لكم عهد الله أو ذمة الله أو تعال فاسمع الكلام ذكره في السير الكبير وقال الناطفي في السير إملاء سألت أبا حنيفة عن الرجل يشير بإصبعه إلى السماء لرجل من العدو فقال ليس هذا بأمان وأبو يوسف استحسن أن يكون أماناً وهو قول محمد والله أعلم

﴿باب الغنائم وقسمتها﴾

لما ذكر قتال الكفار وذكر ما ينتهي به من الموادعة ذكر ما ينتهي إليه غالباً وهو القهر والاستيلاء على النفوس وتوابعها وإنما كان ذلك غالباً بالاستقراء تأييد الله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم في الأكثر

وقوله (فهو على الخلاف) يعني على قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يصح أمانه وعند محمد يصح وقوله (والأصح أنه يصح بالاتفاق) أي باتفاق أصحابنا ليس على الخلاف لأنه تصرف دائر بين النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبي بعد الإذن

﴿باب الغنائم وقسمتها﴾

أخر باب الغنائم وحكمها عن فصل الأمان لأن الإمام بعد المحاصرة إما أن يؤمنهم أو يقتلهم ويستغنم أموالهم فلما فرغ من ذكر الأمان ذكر الغنائم وقسمتها والغنيمة ما نيل من أهل الشرك عنوة والحرب قائمة وحكمها أن تخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خاصة

﴿ باب الغنائم وقسمتها ﴾

(واذا فتح الامام بلدة عنوة) أى قهرا (فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين) كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر

(قوله واذا فتح الامام بلدة عنوة) يجوز فى الواو ما قدمناه فى قوله واذا حاصر الامام وفسر المصنف العنوة بالقهر وهو ضدها لانها من عنا يعنو عنوة وعنوا اذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحى القيوم وانما المعنى فتح بلدة حال كون أهلها ذوى عنوة أى ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد الا فى ألفاظ عند بعضهم واطلاق اللازم وارادة الملزوم فى غير التعاريف بل ذلك فى الاخبارات على أن يراد معنى المذكور لا المجازى لكن لينتقل منه الى آخر هو المقصود بتلك الارادة ككثير الرماد ولو أراد به نفس الجود كان مجازا من المسبب فى السبب والوجه أنه مجاز اشتهر فان عنوة اشتهر فى نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفا واذا فتح الامام بلدة عنوة (فهو بالخيار ان شاء قسمه) أى البلد (بين الغانمين) مع رؤس أهلها استرقاقا وأموالهم بعد اخراج الخمس لجهاته وان شاء قتل مقاتلهم وقسم ما سواهم من الاراضى والاموال والذرارى ويضع على الاراضى المقسومة العشر لانها ابتداء التوظيف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم وأرضهم وأموالهم فوضع الجزية على الرؤس والخراج على أرضهم من غير نظر الى الماء الذى يسقى به أهو ماء العشر كماء السماء والعيون والاودية والآبار أو ماء الخراج كالانهار التى شقتها الاعاجم لانها ابتداء التوظيف على الكافر وأما المن عليهم برقابهم وأرضهم فقط فمكروه الا أن يدفع اليهم من المال ما يتمكنون به من اقامة العمل والنفقة على أنفسهم وعلى الاراضى الى أن تخرج الغلال والا فهو تكليف بما لا يطاق وأما المن عليهم برقابهم مع المال دون الارض أو برقابهم فقط فلا يجوز لانه اضرار بالمسلمين بردهم حربا علينا الى دار الحرب ثم له ان يبقيهم أحرارا ذمة بوضع الجزية عليهم بلا مال يدفعه اليهم فيكونوا فقراء يكتسبون بالسعى والاعمال وله أن يقتلهم وله أن يسترقهم كما سيذكر هذا وقد قيل الاولى الاول وهو قسمة الاراضى وغيرها اذا كان بالمسلمين حاجة والثانى عند عدمها ثم استدل على جواز قسمة الارض بقسمته عليه الصلاة والسلام خيبر بما فى البخارى عن زيد بن أسلم عن أبيه قال قال عمر رضى الله عنه لولا آخر المسلمين ما فتحت بلدة ولا قرية الا قسمتها بين أهلها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ورواه مالك فى الموطا أخبرنا زيد بن أسلم عن أبيه قال سمعت عمر يقول لولا أن يترك آخر الناس لا شئ لهم ما فتح المسلمون قرية الا قسمتها سهمانا كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر سهمانا فظاهر هذا أنه قسمها كلها والذى فى أبى داود بسند جيد أنه قسم خيبر نصفين نصفا لنوائبه ونصفا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما وأخرجه أيضا من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن رجال من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قسمها على ستة وثلاثين سهما جمع كل سهم مائة سهم يعنى أعطى لكل مائة رجل سهما وقد جاء مبينا كذلك فى رواية البيهقى فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين النصف من ذلك وعزل النصف من ذلك لمن ينزل به من الوفود والامور ونوائب المسلمين وحاصل هذا أنه نصف النصف لنوائب المسلمين وهو معنى مال بيت المال ثم ذكره من طريق آخر وبين أن ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلام وتوابعها فلما صارت الاموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين ولم يكن لهم عمال يكفونهم عملها فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم زاد أبو عبيد فى كتاب الاموال فعاملهم بنصف ما يخرج منها فلم يزل ذلك حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر حتى كان عمر فكثر العمال فى المسلمين وقووا على العمل فأجلى عمر رضى الله عنه اليهود الى أرض الشام

(واذا فتح الامام بلدة عنوة أى قهرا) قال فى النهاية قوله قهرا ليس بتفسير له لغة لان عنا عنوا بمعنى ذل وخضع وهو لازم وقهر متعد بل يكون هو تفسيره من طريق شعور الذهن لان من الذلة يلزم القهر أو أن الفتح بالذلة يستلزم القهر (فهو بالخيار ان شاء قسمه) أى قسم البلدة بتأويل البلد (بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر

﴿ باب الغنائم وقسمتها ﴾

(قوله وهو لازم وقهر متعد) أقول دليل ثان على انه ليس تفسيرا

وان شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج كذا فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة) فان قيل قد خالفه في ذلك جماعة أجاب بقوله (ولم يحمد من خالفه) يريد به نفرا يسيرا منهم بلال حتى دعا عليهم على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا وأصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرف أي ماتوا جميعا (وفي كل من ذلك قدوة فيتخير) ولقائل أن يقول لا نسلم أن واحدا من الصحابة بل أكثرهم يصير قدوة على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ لم يصل الى حد الاجماع والجواب عنه من وجهين أحدهما أن فعل النبي صلى الله عليه وسلم اذا لم يعلم أنه عليه الصلاة والسلام على أي جهة فعله يحمل على أدنى منازل أفعاله وهو الاباحة وحينئذ لا يستوجب العمل لا محالة فاذا ظهر دليل الصحابي جاز أن يعمل بخلافه والثاني أنه على تقدير أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك وجوبا فان عمر رضي الله عنه فعل ما فعل مستنبطا من قوله تعالى والذين جاؤا من بعدهم بعد قوله تعالى ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى فيكون ثابتا باشارة النص وهي تفيد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الامام كالواجب المخير كما في خصال الكفارة ففعل النبي صلى الله عليه وسلم أحدهما وعمر الآخر (وقيل) في التوفيق بينهما ان (الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين) كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فانه كان عند حاجة المسلمين (والثاني عند عدم الحاجة) كما فعل عمر رضي الله عنه (ليكون عدة في الزمان الثاني

(وان شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج) كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني

وقسم الاموال بين المسلمين الى اليوم وقد اختلف أصحاب المغازي في أن خيبر فتحت كلها عنوة أو بعضها صلحا وصحح أبو عمر بن عبد البر الاول وروى موسى بن عقبة عن الزهري الثاني وغلطه ابن عبد البر قال وانما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين أسلمهما أهلهما في حقن دمائهم وهما الوطيح والسلالم لما روى أنه صلى الله عليه وسلم لما حاصرهم فيهما حتى أيقنوا بالهلكة سألوه أن يسيرهم وان يحقن لهم دماءهم ففعل فحاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الاموال وجميع الحصون الا ما كان من ذينك الحصنين الى أن قال فلما لم يكن أهل ذينك الحصنين مغنومين ظن أن ذلك صلح ولعمري انه في الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح ولكنهم لم يتركوا أرضهم الا بالحصار والقتال فكان حكمها كحكم سائر أرض خيبر كلها عنوة غنيمة مقسومة بين أهلها الى أن قال ولو كانت صلحا لملكها أهلها كما ملك أهل الصلح أرضهم وسائر أموالهم فالحق في ذلك ما قاله ابن اسحق عن الزهري أي انها افتتحت عنوة دون ما قاله موسى بن عقبة عنه اه (قوله وان شاء أقر أهله الى قوله هكذا فعل عمر بسواد العراق) لا شك في اقرار عمر رضي الله عنه أهل السواد ووضع الخراج على أراضيهم على كل جريب عامر أو غامر عمله صاحبه أو لم يعمله درهما وقفيزا وفرض على كل جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة وفرض على رقاب الموسرين في العام ثمانية وأربعين وعلى من دونه أربعة وعشرين وعلى من لم يجد شيأ اثنى عشر درهما فحمل في أول سنة الى عمر ثمانون ألف ألف درهم وفي السنة الثانية مائة وعشرون ألف ألف درهم الا أن في المشهور عن أصحاب الشافعي انها فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلت لاهل الخمس والمنقولات للغانمين والصحيح المشهور عندهم أنه لم يخصها بأهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغانمين واستردها وردها على أهلها بخراج يؤدونه في كل سنة وقال ابن شريح باعها من أهلها بثمن منجم والمشهور في كتب المغازي أن السواد فتح عنوة وأن عمر رضي الله عنه وظف ما ذكرنا ولم يقسمها بين الغانمين محتجا بقوله تعالى ما أفاء الله على رسوله الى قوله والذين جاؤا من بعدهم أي الغنيمة لله ولرسوله وللذين جاؤا من بعدهم وانما تكون لهم بالمن بوضع الخراج والجزية وتلا عمر هذه الآية ولم يخالفه أحد الا نفر يسير كبلال وسلمان ونقل عن أبي هريرة فدعا عمر رضي الله عنه على المنبر وقال اللهم اكفني بلالا وأصحابه قال في المبسوط فلم يحمدوا وندموا ورجعوا الى رأيه ويدل على أن قسمة الاراضي ليس حتما أن مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم أرضها ولهذا ذهب مالك الى أن بمجرد الفتح تصير الارض وقفا للمسلمين وهو أدرى بالاخبار والآثار ودعواهم أن مكة فتحت صلحا لا دليل عليها بل على نقيضها ألا ترى أنه ثبت في الصحيح من قوله عليه الصلاة والسلام من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ومن أغلق بابه عليه فهو آمن ولو كان صلحا

(قوله ففعل النبي عليه الصلاة والسلام أحدهما وعمر رضي الله تعالى عنه الآخر) أقول فيه نظر لان الآية ان أفادت القطع بطريق الاشارة بطل العمل بالحديث لانه ظني والا فيعود السؤال وأيضا الواجب عند التعارض الترجيح أو العدول الى دليل آخر لا التخيير والا لثبت في كل موضع حصل فيه التعارض وليس كخصال الكفارة اذ لا تعارض هناك بل الدليل دل على التخيير ولم يدل دليلان على شيئين متنافيين كما هنا

وهذا) أى اقرار أهل بلد على بلدهم بالمن عليهم (فى العقار أما فى المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد) بأن يدفع اليهم مجانا و ينم به عليهم وانما قيد المنقول بالمجرد لانه يجوز المن عليهم بالمنقول بطريق التبعية للعقار وذلك فى قوله بعد هذا وان من عليهم بالرقاب والاراضى يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما تهيأ لهم العمل وقوله (لانه لم يرد به) أى بالمن (الشرع فيه) أى فى المنقول المجرد (وفى العقار خلاف الشافعى) فانه لا يجوز المن فيه قال (لان فى المن ابطال حق الغانمين) عندكم لان حقهم قد ثبت وتأكد بالاحراز فقد صار محرزا بفتح البلدة واجراء أحكام الاسلام فيها وليس للامام ذلك (أو ملكهم) يعنى عندى فان الملك قد ثبت لهم بنفس الاحراز (فلا يجوز) يعنى ابطال كل واحد من الحق والملك (من غير بدل يعادله) فان قيل الخراج يعادله أجاب بقوله (والخراج غير معادل لقلته) فان قيل فالحق (٣٠٥) أو الملك ثبت فى رقابهم أيضا وجاز له أن لا يقسمها أجاب بقوله (بخلاف الرقاب) يعنى أن حقهم لم يتعلق بها (لان للامام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل) فكذا له أن يبطله بالخلف وهو الجزية وهذا لانها خلقت فى الاصل أحرارا والملك ثبت بعارض فالامام اذا استرقهم فقد بدل حكم الاصل فاذا جعلهم أحرارا فقد بقى حكم الاصل فكان جائزا (والحجة عليه مارويناه) يعنى من فعل عمر رضى الله عنه وقوله (ولان فيه نظرا) يعنى أن تصرف الامام وقع على وجه النظر فى اقرار أهلها عليها لانه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد فكان يكر عليهم العدو وربما لا يهتدون لذلك العمل أيضا فاذا تركها فى أيديهم وهم عارفون بالعمل صاروا (كالاكرة) أى المزارعين (العاملة للمسلمين العالمة بوجوه المزارعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد) كان فيه نظر لا محالة فيكون جائزا قوله (والخراج وان قل) جواب عن قولهم الخراج غير معادل لقلته وتقريره الخراج وان قل (حالا) لكونه بعض ما يمكن أن يخرج فى سنة (فقد جل مآلا لدوامه) بوجوبه فى كل سنة قوله (وان من عليهم) ظاهر وقوله (ليخرج عن حد الكراهة) معناه ما قال الامام التمرتاشى فان من عليهم برقابهم وأراضيهم وقسم النساء والذرية وسائر الاموال جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضى بدون المال ولا بقائهم بدون ما يمكن به ترجية العمر الا أن يدع لهم ما يمكنهم به العمل فى الاراضى قال (وهو فى الاسارى بالخيار) الامام فيما حصل تحت يده من الاسارى مخير بين الامور الثلاثة (ان شاء قتلهم لانه صلى الله عليه وسلم قد قتل) عقبة بن أبى معيط والنضر بن أبى سهيل بعد ما حصلا فى يده وقتل بنى قريظة بعد ثبوت اليد عليهم فان أسلموا سقط عنهم القتل لانه عقوبة وجبت للبقاء على الكفر فاذا زال الكفر سقط القتل

وهذا فى العقار أما فى المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفى العقار خلاف الشافعى لان فى المن ابطال حق الغانمين أو ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه مارويناه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا لدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضى يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قال (وهو فى الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم) لانه عليه الصلاة والسلام قد قتل

لا منوا كلهم به بلا حاجة الى ذلك والى ما ثبت من اجارة أم هانئ من اجارته ومدافعتها عليا عن قتله وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق بأستار الكعبة وأظهر من الكل قوله عليه الصلاة والسلام فى الصحيحين ان الله تعالى حرم مكة يوم خلق السموات والارض لا يسفك بها دم الى ان قال فان أحد ترخص بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا له ان الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم فقوله بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح فى ذلك (قوله وفى العقار خلاف الشافعى) فعنده يقسم الكل (لان فى المن) بالارض (ابطال حق الغانمين) على قولكم (أو ملكهم) على قولى (فلا يجوز) للامام ذلك (بلا بدل يعادله والخراج لا يعادل لقلته) بالنسبة الى رقبة الارض (بخلاف الرقاب لان للامام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه مارويناه) من فعل عمر رضى الله عنه مع وجود الصحابة فلم يعارضوه فكان اجماعا فان قيل لا ينعقد الاجماع بمخالفة بلال ومن معه أجيب بانه لم يسوغ اجتهادهم بدليل أن عمر دعا عليهم ولو سوغوا لهم ذلك لما دعا على المخالف (ولان فيه نظرا) للمسلمين (لانهم) يصيرون (كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة مع ارتفاع المؤن) عن المسلمين وفى هذا من النظر ما لا يخفى (مع أنه يحظى به الذين يأتون من بعد) فيحصل عموم النفع للمسلمين (والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا) فربما يتحصل منه على طول الزمان اضعاف قيمة الارض (قوله وهو فى الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم) يعنى اذا لم يسلموا (لانه عليه الصلاة والسلام قد قتل) من الاسارى اذ لا شك فى قتله عقبة ابن أبى معيط من أسارى بدر والنضر بن الحرث الذى قالت فيه أخته قتيلة الابيات التى منها

يا راكبا ان الاثيل مظنة * من صبح خامسة وأنت موفق
أبلغ بها ميتا فان تحية * ما ان تزال بها الركائب تخفق
منى اليك وعبرة مسفوحة * جادت بواكفها وأخرى تخنق

(وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام) فان أسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لان الرق جزاء الكفر الاصلي على ما عرف بخلاف ما اذا أسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل والاسترقاق أيضا لانه قد صار أولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والاخذ (وان شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين لما بينا) من فعل عمر رضي الله عنه فان قيل فاقتلوا المشركين ينافي ترك قتلهم فلم يجوز أجيب بأنه ترك العمل به في حق أهل الذمة والمستأمن فكذا في المتنازع فيه بفعل عمر رضي الله عنه وقوله (الا مشركي العرب) استثناء من قوله وان شاء تركهم احرارا ولقائل أن يقول هذه الادلة تدل على خلاف المدعى لان المدعى هو أن يكون الامام مخيرا بين الامور الثلاثة والادلة تدل على وجوب كل واحد منها لانه قال لان فيه حسم مادة القتال وذلك واجب لا محالة ثم قال لان

فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وهو كالاول وأقوى ثم استدل بما فعل عمر رضي الله عنه بقوله لما بينا وهو انما يصح على تقدير ان يكون ما فعله واجبا والا لزم التخيير بين الواجب وغيره وهو لا يجوز والجواب أن كل واحد من الامور واجب والامام مخير بينها كما في الواجب المخير وقوله (ولا يجوز أن يردهم) ظاهر وقوله (ولا يفادي بالاسارى) المفاداة بين اثنين يقال فاداه اذا أطلقه وأخذ فديته ومنه قوله ولا يفادي بالاسارى أي لا يعطي أسارى الكفار ويؤخذ منهم أسارى المسلمين أو المال عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يفادي بهم أسارى المسلمين ولا يجوز الفدية بالمال وجعل في السير الكبير قولهما أظهر الروايتين عن أبي حنيفة ووجه ذلك ما ذكره أن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به وقوله (وله أن فيه تقوية) وفي بعض النسخ معونة ظاهر ويجوز أن يبرز هذا في مبرز دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما مر في صورة الرمي عند التترس بالمسلمين الاسير

ولان فيه حسم مادة الفساد (وان شاء استرقهم) لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام (وان شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين) لما بيناه (الا مشركي العرب والمرتدين) على ما نبين ان شاء الله تعالى (ولا يجوز أن يردهم الى دار الحرب) لان فيه تقويتهم على المسلمين فان أسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه (وله أن يسترقهم) توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد (ولا يفادي بالاسارى عند أبي حنيفة وقالا يفادي بهم أسارى المسلمين) وهو قول الشافعي لان فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به وله أن فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ

ما كان ضرك لو مننت وربما * منّ الفتى وهو المغيظ المحنق

الابيات وطعيمة بن عدي وهو أخو المطعم بن عدي وأما ما قال هشيم أنه قتل المطعم بن عدي فغلط بلا شك وكيف وهو عليه الصلاة والسلام يقول لو كان المطعم بن عدي حيا لشفعته في هؤلاء النتنى (ولان في قتلهم حسم مادة الفساد) الكائن منهم بالكلية (وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لاهل الاسلام) ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة أن يقتل أسيرا بنفسه لان الرأي فيه الى الامام فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقه فليس له أن يفتات عليه وعلى هذا فلو قتل بلا ملجئ بأن خاف القاتل شر الاسير كان له أن يعزره اذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا يضمن بقتله شيأ (وان شاء تركهم أحرارا ذمة للمسلمين لما بينا) من أن عمر فعل ذلك في أهل السواد وقوله (الا مشركي العرب والمرتدين) يعني اذا أسروا فان الكلام في الاسارى ويتحقق الاسر في المرتدين اذا غلبوا وصاروا حربا (على ما نبين ان شاء الله تعالى) في باب الجزية من أنه لا تقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل إما الاسلام أو السيف (فان أسلم الاسارى) بعد الاسر (لا يقتلهم) لان الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالاسلام ولكن يجوز استرقاقهم لان الاسلام لا ينافي الرق جزاء على الكفر الاصلي وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على الحربي غير المشرك من العرب (بخلاف ما لو أسلموا قبل الاخذ) لا يسترقون ويكونون أحرارا لانه اسلام قبل انعقاد سبب الملك فيهم (قوله ولا يفادي بالاسارى عند أبي حنيفة) هذه احدى الروايتين عنه وعليها مشى القدوري وصاحب الهداية وعن أبي حنيفة أنه يفادي بهم كقول أبي يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد الا بالنساء فانه لا تجوز المفاداة بهن عندهم ومنع أحمد المفاداة بصبيانهم وروى أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك وهذه رواية السير الكبير قيل وهو أظهر الروايتين عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف تجوز المفاداة بالاسارى قبل القسمة لا بعدها وعند محمد تجوز بكل حال وجه ما ذكر في الكتاب (أن فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابته خير من استنقاذ

(قوله وقوله الا مشركي العرب استثناء من قوله الخ) أقول فيه تأمل والظاهر أنه استثناء من قوله وهو في الاسارى بالخيار (قوله والامام مخير بينها كما في الواجب المخير) أقول اذا تعدد الدليل وكل دليل يدل على خلاف ما دل الآخر وجوبا يكون ذلك من المعارضة لا من الواجب المخير فان الدليل في الواجب المخير واحد دل على شئ واحد وهو التخيير وههنا ليس كذلك اذ لم يدل دليل من الادلة المذكورة على التخيير ولا بمجموعها اذ تعارض الادلة لا يقتضي التخيير بل يصار الى الترجيح ان أمكن والا فالى دليل آخر من الادلة الاربعة كما تقرر في الأصول

الاسير المسلم لانه اذا بقى فى أيديهم كان ابتلاء فى حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع أسيرهم اليهم مضاف الينا أما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز فى المشهور من المذهب لما بينا وفى السير الكبير أنه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر ولو كان أسلم الاسير فى أيدينا لا يفادى بمسلم أسير فى أيديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه قال (ولا يجوز المن عليهم) أى على الاسارى خلافا للشافعى فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه

الاسير المسلم لانه اذا بقى فى أيديهم كان ابتلاء فى حقه فقط) والضرر بدفع أسيرهم اليهم يعود على جماعة المسلمين ووجه الرواية الموافقة لقول العامة أن تخليص المسلم أولى من قتل الكافر والانتفاع به لان حرمته عظيمة وما ذكر من الضرر الذى يعود الينا بدفعه اليهم يدفعه ظاهرا المسلم الذى يتخلص منهم لانه ضرر شخص واحد فيقوم بدفعه واحد مثله ظاهرا فيتكافآن ثم يبقى فضيلة تخليص المسلم وتمكينه من عبادة الله كما ينبغى زيادة ترجيح ثم انه قد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرج مسلم فى صحيحه وأبو داود والترمذى عن عمران بن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين وأخرج مسلم أيضا عن اياس بن سلمة بن الاكوع عن أبيه خرجنا مع أبى بكر أمره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أن قال فلقينى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى السوق فقال لى يا سلمة هب لى المرأة لله أبوك أعنى التى كان أبو بكر نفله اياها فقلت هى لك يا رسول الله والله ما كشفت لها ثوبا فبعث بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ففدى بها ناسا من المسلمين كانوا أسروا بمكة الا أن هذا يخالف رأيهم فانهم لا يفادون بالنساء ويبقى الاول (قوله أما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز فى المشهور من المذهب لما بينا) فى المفاداة بالمسلمين من رده حربا علينا (وفى السير الكبير أنه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر) اذ لا شك فى احتياج المسلمين بل فى شدة حاجتهم اذ ذاك فليكن محمل المفاداة الكائنة فى بدر بالمال وقد أنزل الله تعالى فى شأن تلك المفاداة من العتب بقوله تعالى (ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الارض) أى يقتل أعداء الله من الارض فينفيهم عنها (تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة) وقوله تعالى (لولا كتاب من الله سبق) وهو أن لا يعذب أحدا قبل النهى ولم يكن نهاهم (لمسكم فيما أخذتم) من الغنائم والاسارى (عذاب عظيم) ثم أحلها له ولهم رحمة منه تعالى فقال فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا هى للمجموع من الفداء وغيره وقيل للغنيمة فان قيل لا شك أنه من الغنيمة قلنا ولو سلم فلا شك أنه يجب تقييده بما اذا لم يضر بالمسلمين من غير حاجة وفى رده تكثير المحاربين لغرض دنيوى وفى الكشاف وغيره أن عمر رضى الله عنه كان أشار بقتلهم وأبو بكر بأخذ الفداء تقويا ورجاء أن يسلموا وروى أنهم لما أخذوا الفداء نزلت الآية فدخل عمر رضى الله عنه على النبى عليه الصلاة والسلام فاذا هو وأبو بكر يبكيان فسأله فقال أبكى على أصحابك فى أخذهم الفداء لقد عرض على عذابهم أدنى من هذه الشجرة قال وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لو نزل من السماء عذاب ما نجا منه الا عمر وسعد بن معاذ لقوله كان الاثخان فى القتل أحب الى والله أعلم بذلك (قوله ولو أسلم الاسير وهو فى أيدينا لا يفادى به لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه وهو مأمون على اسلامه) فيجوز لانه يفيد تخليص مسلم من غير اضرار لمسلم آخر (قوله ولا يجوز المن على الاسارى) وهو أن يطلقهم الى دار الحرب بغير شئ (خلافا للشافعى) اذا رأى الامام ذلك وبقولنا قال مالك وأحمد وجه قول الشافعى قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء ولانه عليه الصلاة والسلام من على جماعة من أسرى بدر منهم أبو العاص بن أبى الربيع على ما ذكره ابن اسحق بسنده وأبو داود من طريقه الى عائشة لما بعث أهل مكة فى فداء أسراهم بعثت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى فداء أبى العاص بمال وبعثت فيه

(وأما المفاداة بأخذ المال منهم) فى اطلاق أسراهم (فلا تجوز فى المشهور من مذهب أصحابنا لما بينا) ان فيه تقوية أو معونة للكفرة بعودهم حربا علينا (وفى السير الكبير أنه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر) وسيجىء جوابه وقوله (ولا يجوز المن عليهم) المراد بالمن عليهم هو الانعام عليهم بأن يتركهم مجانا من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل (خلافا للشافعى فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الأسارى يوم بدر) يعنى أبا عزة الجمحى (ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه) للغانمين

فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض ومار واه منسوخ بما تلونا (واذا أراد الامام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها) وقال الشافعي يتركها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكله ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة

بقلادة كانت خديجة رضي الله عنها أدخلتها بها على أبي العاص حين بنى بها فلما رأى النبي صلى الله عليه وسلم ذلك رق لها رقة شديدة وقال لاصحابه ان رأيتم أن تطلقوا لها أسيرها وتردوا عليها الذي لها فافعلوا ففعلوا ورواه الحاكم وصححه وزاد وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد أخذ عليه أن يخلي زينب اليه ففعل وذكر ابن اسحق أن ممن منّ عليه المطلب بن حنطب أسره أبو أيوب الانصاري فخلى سبيله وأبو عزة الجمحي كان محتاجا ذا بنات فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنّ عليه وأخذ عليه أن لا يظاهر عليه أحدا وامتدح رسول الله صلى الله عليه وسلم بأبيات ثم قدم مع المشركين في أحد فأسر فقال يا رسول الله أقلني فقال عليه الصلاة والسلام لا تمسح عارضيك بمكة بعدها تقول خدعت محمدا مرتين ثم أمر بضرب عنقه ويكفي ما ثبت في صحيح البخاري رحمه الله من قوله عليه الصلاة والسلام في أسارى بدر لو كان المطعم ابن عدي حيا ثم كلمني في هؤلاء النتنى لتركتهم له والعجب من قول شارح بهذا لا يثبت المن لان لو لامتناع الشئ لامتناع غيره يعني فيفيد امتناع المن ولا يخفى على من له أدنى بصر بالكلام أن التركيب اخبار بأنه لو كلمه لتركهم وصدقه واجب وهو بأن يكون المن جائزا فقد أخبر بأنه يطلقهم لو سأله اياهم والاطلاق على ذلك التقدير لا يثبت منه الا وهو جائز شرعا وكونه لم يقع لعدم وقوع ما علق عليه لا ينفي جوازه شرعا وهو المطلوب وأجاب المصنف بأنه منسوخ بقوله تعالى اقتلوا المشركين من سورة براءة فانها تقتضي عدم جواز المن وهي آخر سورة نزلت في هذا الشأن وقصة بدر كانت سابقة عليها وقد يقال ان ذلك في حق غير الاسارى بدليل جواز الاسترقاق فيه يعلم أن القتل المأمور حتما في حق غيرهم (قوله واذا أراد الامام العود ومعه مواش) أي من مواشي أهل الحرب (فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها ثم أحرقها ولا يعقرها) كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان وعقر جعفر بن أبي طالب رضي الله عنه فرسه ربما كان لظنه عدم الفتح في تلك الوقعة فخشي أن ينال المشركون فرسه ولم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال أو كان قبل نسخ المثلة أو علمه بها (ولا يتركها) لهم (وقال الشافعي) وأحمد (يتركها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكله) قلنا هذا غريب لم يعرف عنه عليه الصلاة والسلام نعم روى من قول أبي بكر نفسه رواه مالك في موطئه عن يحيى بن سعيد أن أبا بكر رضي الله عنه بعث جيوشا الى الشام فخرج يتبع يزيد بن أبي سفيان فقال اني أوصيك بعشر لا تقتلن صبيا ولا امرأة ولا كبيرا هرما ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تعقرن شاة ولا بقرة الا لمأكلة ولا تخربن عامرا ولا تحرقن ولا تغرقن ولا تجبن ولا تغلل ثم هو محمول على ما اذا آنس الفتح وصيرورة البلاد دار اسلام وكان ذلك هو المستمر في بعوث أبي بكر وعمر رضي الله عنهما فباعتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك وذكرنا فيما تقدم أنه اذا كان ذلك فلا تحرق ولا تخرب لانه اتلاف مال المسلمين الا ترى الى قوله لا تحرقن وهو رضي الله عنه قد علم قوله عليه الصلاة والسلام أغر على أبنى صباحا ثم حرق بني مجرد ذبح الحيوان وانه لغرض الاكل جائز لانه غرض صحيح (ولا غرض أصح من كسر شوكتهم) وتعريضهم على الهلكة والموت وانما يحرق (لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان) والتحريق لهذا الغرض الكريم (بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه) وفيه أحاديث كثيرة منها حديث البخاري عن أبي هريرة قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث فقال لنا ان وجدتم فلانا وفلانا

(فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض) كسائر الاموال المغنومة (ومارواه) من المن على أبي عزة فهو (منسوخ بما تلونا) وكذلك قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء وكذلك قصة أسارى بدر لان سورة براءة كانت آخر ما نزل وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فكان ناسخا لما تقدم كله ولقائل أن يقول قد أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمي والمستأمن فجاز ان يخص منه الاسير قياسا عليهم أو بحديث أبي عزة أو غيرهما والجواب أن قياس الاسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير وهي المناط وكذا على المستأمن لعدم استحقاق رقبته وحديث أبي عزة متقدم على الآية وغيرهما غير موجود أو غير معلوم فلا يصح التخصيص بشئ من ذلك والمواشي جمع ماشية وهي الابل والبقر والغنم والمأكلة بضم الكاف وفتحها بمعنى وكلامه واضح

(قوله ولقائل أن يقول الخ) أقول مخالف لما أسلفه في أول الكتاب من أن مدليل قطعي فيفيد الفرضية

وتحرق الاسلحة أيضا ومالا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم (ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام) وقال الشافعي لا بأس بذلك وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في الكفاية له أن سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا

فاحرقوهما بالنار فلما خرجنا دعانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان وجدتم فلانا وفلانا فاقتلوهما ولا تحرقوهما فانه لا يعذب بها الا الله ورواه البزار وسماهما هبار بن الاسود ونافع بن عبد القيس وطوله البيهقي وذكر السبب أنهما كانا روعا زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجت لاحقة به عليه الصلاة والسلام حتى ألقت ما في بطنها والقضية مفصلة عند ابن اسحق معروفة لاهل السير وذكر البخاري أيضا تحريق علي رضي الله عنه الزنادقة الذين أتي بهم فبلغ ذلك ابن عباس فقال لو كنت أنا لم أحرقهم لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه واخرج البزار في مسنده عن عثمان بن حيان قال كنت عند ام الدرداء رضي الله عنها فأخذت برغوثا فألقيته في النار فقالت سمعت أبا الدرداء يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعذب بالنار الا رب النار هذا (وتحرق الاسلحة أيضا ومالا يحترق منها كالحديد يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم) وما في فتاوى الولوالجي تترك النساء والصبيان في أرض غامرة أي خربة حتى يموتوا جوعا كي لا يعودوا حربا علينا لان النساء بهن النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا فبعيد لانه قتل بما هو أشد من القتل الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم في النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ثم هم قد صاروا أسارى بعد الاستيلاء وقد أوصى النبي صلى الله عليه وسلم بالاسرى خيرا حدث ابن اسحق عن نبيه بن وهب أخي بني عبد الدار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أقبل بالاسارى فرقهم بين أصحابه وقال استوصوا بالاسارى خيرا فقال أبو عزيز مر بي أخي مصعب بن عمير ورجل من الانصار يأسرني فقال له شد يديك به فان امه ذات متاع قال وكنت في رهط من الانصار حين أقبلوا بي من بدر فكانوا اذا قدموا غداءهم وعشاءهم خصوني بالخبز وأكلوا التمر لوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم اياهم بنا ما يقع في يد رجل منهم كسرة من الخبز الا نفحني بها قال فأستحي فأردها على أحدهم فيردها علي ما يمسها فكيف يجوز أن يقتلوا جوعا اللهم الا أن يضطروا الى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيترك للضرورة والله أعلم (قوله ولا تقسم غنيمة في دار الحرب حتى تخرج الى دار الاسلام وقال الشافعي لا بأس بذلك) اذا انهزم الكفار وعن أبي يوسف رحمه الله الاحب الي أن لا يقسمها حتى يحرزها ذكره الكرخي وعنه ان لم تكن مع الامام حمولة يحملها عليها يقسمها في دار الحرب (وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت) بالهزيمة ويلزمه أن قسمة الامام هناك لا تفيد ملكا الا اذا كان عن اجتهاد فانه أمضى القضاء في فصل مجتهد فيه أو كان لحاجة فان الحاجة موضعها مستثنى * واعلم أن حقيقة مذهبه أن الملك يثبت للغانم بأحد أمرين إما بالقسمة حيثما كانت أو باختيار الغانم التملك وليس هو قائلا ان الملك يثبت للغانمين بالهزيمة كما نقلوا عنه وعندنا لا يثبت الا بالقسم في دار الاسلام فلا يثبت بالاحراز بدار الاسلام ملك لاحد بل يتأكد الحق ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الاحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك عتق بعتق الشريك ويجري فيه ما عرف في عتق الشريك وتخرج الفروع المختلفة على هذا منها لو وطئ بعض الغانمين في

قال (ولا يقسم غنيمة في دار الحرب) قسمة الغنيمة في دار الحرب لا تجوز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف جاز والتأخير الى الخروج الى دار الاسلام أحب الي (وقال الشافعي رضي الله عنه لا بأس بذلك والاصل ان الملك لا يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في الكفاية) أي كفاية المنتهى منها أن الامام اذا باع شيأ من الغنائم لا لحاجة الغزاة أو باع أحد الغزاة فانه لا يصح عندنا لعدم الملك وكذا لو أتلف أحدهم شيأ في دار الحرب لم يضمن وكذا لو مات أحدهم لا يورث سهمه ولو لحق الجيش مدد قبل القسمة في دار الحرب شاركوهم في الغنيمة وقوله (له أن سبب الملك) ظاهر قوله (والثاني) أي اثبات اليد الناقلة الى دار الاسلام (منعدم لقدرتهم) أي لقدرة الكفرة على الاستنقاذ (ووجوده) أي وجود الاستنقاذ (ظاهرا) لكون المسلمين في ديارهم

دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادعاه يثبت نسبه عنده لالوطئه جارية مشتركة بينه وبين غيره بمجرد الهزيمة بل لاختياره التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك فان سلمت بما يخصه من الغنيمة أخذها والا أخذها وكل من ماله قيمتها يوم الحبل وعندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لانه لا يحد لثبوت سبب الملك وتقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين وكذا لو استولدها بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة عندنا وان تأكد الحق لان الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يكون الا بعد قيام الملك في المحل بخلاف استيلاد جارية الابن لان له ولاية التملك فيتملكها بناء على الاستيلاد وليس له هنا تملك الجارية بدون رأي الامام نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات أو العرافة فوقعت جارية بين أهل راية صح استيلاد أحدهم لها لانه يصح عتقه لها لانها مشتركة بينه وبين أهل تلك الراية والعرافة شركة ملك وعتق أحد الشركاء نافذ لكن هذا اذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة أما اذا كثروا فلا لان بالشركة العامة لا تثبت ولاية الاعتاق قال والقليل اذا كانوا مائة أو أقل وقيل أربعون وفيه أقوال أخرى قال في المبسوط والاولى أن لا يوقت ويجعل موكولا الى اجتهاد الامام ومنها جواز البيع من الامام لبعض الغنيمة يجوز عندهم لا عندنا مبني على ذلك أيضا ومنها لو مات بعض الغزاة أو قتل في دار الحرب لا يورث سهمه عندنا ويورث عنده بناء على التأكد بالهزيمة حتى صح منه التملك والتأكد يكفي للارث ألا ترى أنا نقول انه يورث اذا مات في دار الاسلام قبل القسم للتأكد لا للملك لانه لا ملك قبل القسمة وهذا لان الحق المؤكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط واستدل على ضعف الحق قبل الاحراز باباحة تناول الطعام في دار الحرب بلا ضرورة وبعدم ضمان ما أتلف من الغنيمة قبل الاحراز بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم في بيت المال والشافعية إن منعوا الثاني لم يمنعوا الاول ومنها لو لحق المدد في دار الحرب قبل القسم شارك عندنا لا عنده للتأكد وعدمه فانما الثابت للغزاة بعد الهزيمة حق الملك لا حق التملك ولهذا لو أسلم الاسير قبل الاحراز بدار الاسلام لا يعتق وكذا أرباب الاموال اذا أسلموا بعد أخذها قبل الاحراز لا يملكون شيأ منها بل هم من جملة الغزاة في القسمة والاستحقاق بسبب الشركة في الاحراز بدار الاسلام بمنزلة المدد ذكره في النهاية ومعناه اذا لم يؤخذوا فان اسلامهم بعد الاخذ لا يزيل عنهم الرق فلا يستحقون في الغنيمة كالمدد وفي التحفة لو أتلف واحد من الغزاة شيأ من الغنيمة لا يضمن عندنا قال وبعد الاحراز بدار الاسلام يتأكد حق الملك ويستقر ولهذا قالوا لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه ولو باع الامام جاز ولو لحقهم المدد لا يشاركون ويضمن المتلف وهذا المذكور في التحفة ماش مع ما في المبسوط حيث قال فاما عندنا فالحق يثبت بنفس الاخذ ويتأكد بالاحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتأكد بالطلب ويتم الملك بالاخذ وما دام الحق ضعيفا لا تجوز القسمة لانه دون الملك الضعيف في المبيع قبل القبض ووجه المصنف قول الشافعي بأن سبب الملك يتم بالهزيمة لان بها يتحقق الاستيلاء على مال مباح فيملكه وهذا لانه ليس معنى الاستيلاء على مال مباح الا سبق اليد اليه على وجه القهر والاستيلاء كما في الصيد والحطب ولانه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم حنين وبني المصطلق وأوطاس في ديارهم ولنا منع أن السبب تم فان تمامه بثبوت اليد الناقلة أي قدرة النقل والتصرف كيف شاء نقلا وادخارا وهذا منتف عنه ما دام في دار الحرب لان الظهور عليهم والاستنقاذ منهم ليس ببعيد ألا ترى أن الدار مضافة اليهم فدل أنه مقهور ما دام فيها نوعا من القهر بدليل أن له أن يتركها دار حرب وينصرف عنها فكان قاهرا من وجه مقهورا من وجه فكان استيلاء من وجه دون وجه فلم يتم سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لانها بيع معنى فان البيع مبادلة وفي القسمة ذلك فان كل شريك لما اجتمع نصيبه في العين كان ذلك عوضا عن نصيبه في الباقي بخلاف ما اذا خرج العبد مراغما حيث يعتق بوصوله الى عسكر المسلمين وان كان

وقوله (ثم قيل موضع الخلاف) أي ان موضع الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد هل يثبت حكم الملك لمن وقع في القسمة في نصيبه من الأكل والوطء وسائر الانتفاع أولا فعنده يثبت وعندنا لا يثبت وقوله (لان حكم الملك لا يثبت بدونه) أي بدون الملك معناه ان ترتب هذه الاحكام دليل ثبوت الملك المستلزم للعلم بجواز القسمة فعنده مترتبة بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك وعندنا ليست بمترتبة فدل على ان الملك لم يكن ثابتا وهذا لان الملك علة لترتب الاحكام وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول وانما قيد القسمة بقوله لا عن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهدا جاز بالاتفاق قوله (وقيل الكراهة) أي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا الكراهة لا عدم الجواز لما في القسمة من قطع شركة المدد فيقل بها رغبتهم في اللحوق بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا أمر وراء ما تتم به القسمة فلا يمنع جوازها (وهي كراهة تنزيه عند محمد) فانه قال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل أن يقسم في دار الاسلام وفيه نظر لان هذا يشير الى أن قول محمد على خلاف قول أبي حنيفة في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور فانه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية عن أصحابنا وفي غير ظاهر الرواية الأفضلية منقولة عن أبي يوسف كما ذكرناه وأيضا قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة وفي الجملة هذا الموضع لا يخلو عن تسامح والمخلص عنه انهم اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب فقال بعض المشايخ المراد به عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الاحكام المترتبة على القسمة وقال بعضهم المراد به الكراهة وعلى هذا قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة انما يصح على قول الأولين ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح لكونه محرما والمحرم راجح على المبيح (الا أنه تقاعد عن سلب الجواز) بالاتفاق اما عند الشافعي فيجوز مطلقا وأما عندنا فيجوز اذا احتاج الغزاة الى الثوب والدابة ونحو ذلك (فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة) لان الدليل المرجوح لما لم يبطل بالكلية حصل من معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر الحمار

ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهي كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل أن يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح الا أنه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة

في دار الحرب وكذا المرأة المراغمة تبين بذلك فانه بالنص لقوله عليه الصلاة والسلام في عبيد الطائف هم عتقاء الله ولأن ذلك يدل على نفسه ويكفي فيه امتناعه ظاهرا في الحال وقال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الآية وقسمة النبي صلى الله عليه وسلم غنائم حنين كان بعد منصرفه الى الجعرانة وكانت أول حدود الاسلام لان مكة فتحت وأرض حنين وبني المصطلق بعد فتح مكة واجراء أحكام الاسلام فيها وهذا لان دار الحرب تصير دار اسلام باجراء الاحكام وبثبوت الامن للمقيم من المسلمين فيها وكونها متاخمة لدار الاسلام على قوله وعلى قولهما بالاول فقط وأنت اذا علمت أن الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على أن الملك لا يثبت قبل القسمة بمجرد الهزيمة بل في أن القسمة هل توجب الملك في دار الحرب أمكنك أن تجعل الدليل من الجانبين على ذلك وتقريره للشافعي أنه لا مانع من صحتها في دار الحرب لتمام الاستيلاء على المباح فاذا اتصل به القسم ملك ولنا منع تمام السبب فلا تفيد القسمة الملك الا عند تمامه وهو في دار الاسلام واعلم أن القسمة انما لا تصح اذا قسم بلا اجتهاد أو اجتهد فوقع على عدم صحتها قبل الاحراز أما اذا قسم في دار الحرب مجتهدا فلا شك في الجواز وثبوت الاحكام وأما الحديث الذي ذكره وهو أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب فغريب جدا ثم ذكر المصنف خلافا في أن الخلاف في عدم جواز القسمة قبل الاحراز أو في كراهتها فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الاحكام من حل الوطء ونفاذ البيع وغيره وقيل الكراهة لا لبطلان القسمة لانهم اذا اشتغلوا بها يتكاسلون في أمر الحرب وربما يتفرقون فربما يكر العدو على بعضهم فكان المنع لمعنى في غير المنهي عنه فلا يعدم الجواز ثم قال المصنف (هي كراهة تنزيه عند محمد) فالافضل أن لا يقسم في دار الحرب لانه صلى الله عليه وسلم ما قسم الا في دار الاسلام والافعال المتفقة في الاوقات المختلفة لا تكون الا لداع هي كراهة خلافه أو بطلانه والكراهة أدنى فيحمل عليه للتيقن به قيل ونقل الخلاف هكذا وان كان في المبسوط غير جيد لانه لم يعرف خلاف عنهم الا ما روي عن أبي يوسف وهذا لان المسائل الافرادية الموضوعة مصرحة بعدم صحة القسمة قبل الاحراز مثل ما سيأتي من أن من مات من الغانمين لا يورث حقه من الغنيمة وأنه لا يباع من ذلك العلف

(والردء والمقاتل فى العسكر سواء) لاستوائهم فى السبب وهو المجاوزة أو شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرنا (واذا لحقهم المدد فى دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها) خلافا للشافعى بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز أو بقسمة الامام فى دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد

ونحوه شئ ومنها عدم جواز التنفيل بعد الاحراز وجوازه قبله ومشاركة المدد اللاحق قبل الاحراز ثم وجه الكراهة بقوله لان دليل البطلان أى بطلان القسمة قبل الاحراز راجح على دليل جوازها الا أنه تقاعد عن سلب الجواز لانه لما لم يثبت سلب الجواز بالاتفاق فلم يبطل المرجوح واذا لم يبطل حصل من معارضة الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما فى سؤر الهرة لما انتفت النجاسة لم تنتف الكراهة وهذا الكلام ينبو عن القواعد فان الاجماع على وجوب العمل بالراجح من الدليلين وترك المرجوح واذا كان الراجح دليل البطلان تعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذى ترجح عنده وكون له مخالف ولا اجماع لا يوجب بل لا يجوز لذلك المجتهد النزول عن مقتضاه والا فكل خلافية من المسائل كذلك واذا لزم حكم البطلان فما موجب اثبات الكراهة والتحقيق فى سؤر الهرة أن الكراهة تنزيهية لعدم تحاميها من النجاسة لان دليل حرمة اللحم الموجب لنجاسة السؤر عارضه شدة المخالطة وترجح عليه فانتفت النجاسة والكراهة حكم شرعى يحتاج خصوصه الى دليل وشدة المخالطة دليل الطهارة فقط فتبقى الكراهة بلا دليل وهذا اذا لم يكن للمسلمين حاجة أما اذا تحققت لهم فى دار الحرب بالثياب والمتاع ونحوه قسمها فى دار الحرب (قوله والردء) أى العون (والمقاتل) أى المباشر للقتال مع الكفار وكذا أمير العسكر (سواء) فى الغنيمة لا يتميز واحد منهم على آخر بشئ وهذا بلا خلاف لاستواء الكل فى سبب الاستحقاق وسنبين سببه فيما يأتى ان شاء الله تعالى (قوله واذا لحقهم المدد فى دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم) أى المدد (فيها) وعن الشافعى فيه قولان وما ذكرناه بناء على ما مهدناه من أن الملك لا يتم للغانمين قبل احراز الغنيمة بدار الاسلام فجاز أن يشاركهم المدد اذا قام به الدليل ولا ينقطع حق المدد الا بثلاثة أمور الاحراز بدار الاسلام والقسمة بدار الحرب وبيع الامام الغنيمة قبل لحاق المدد هذا وعلى ما حققناه المبنى تأكد الحق وعدمه وما استدل به الشافعى من صحيح البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال بعث عليه الصلاة والسلام أبانا على سرية قبل نجد فقدم أبان وأصحابه على رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد ما فتحها الى أن قال فلم يقسم لهم لا دليل فيه لان وصول المدد فى دار الاسلام لا يوجب شركة وخيبر صارت دار اسلام بمجرد فتحها فكان قدومهم والغنيمة فى دار الاسلام وأما اسهامه لابى موسى الاشعرى على ما فى الصحيحين عنه قال بلغنا مخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين اليه أنا وأخوان لى أنا أصغرهم أحدهما أبو بردة والآخر أبو رهم فى بضع وخمسين رجلا من قومى فركبنا سفينة فألقتنا الى النجاشى فوافينا جعفر بن أبى طالب وأصحابه عنده فقال جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا ههنا وأمرنا بالاقامة فأقيموا معنا فأقمنا حتى قدمنا فوافينا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين افتتح خيبر فأسهم لنا ولم يسهم لاحد غاب عن فتح خيبر الا لأصحاب سفينتنا فقال ابن حبان فى صحيحه انما أعطاهم من خمس الخمس ليستميل قلوبهم لا من الغنيمة وهو حسن ألا ترى أنه لم يعط غيرهم ممن لم يشهدها وحمل بعض الشافعية على أنهم شهدوا قبل حوز الغنائم خلاف مذهبهم فانه لا فرق عندهم فى عدم الاستحقاق بين كون الوصول قبل الحوز أو بعده بعد كونه بعد الفتح

(قوله

قال (والردء والمقاتل فى العسكر سواء) الردء هو العون والمقاتل هو المباشر فى العسكر فى استحقاق الغنيمة سواء (لاستوائهم فى السبب) وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا (أو شهود الوقعة) عند الشافعى رضى الله عنه (على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرنا) من الاستواء فى السبب قوله (واذا لحقهم المدد) ظاهر وقوله (بناء على ما مهدناه من الاصل) يريد ما مر ان سبب الملك عنده هو الأخذ والملك يثبت به وعندنا ان السبب هو الاحراز فاذا شارك المدد الجيش فى الاحراز الذى يتم به السبب شاركوه فى تأكد الحق به كما لو التحقوا بهم فى حالة القتال (وانما تنقطع المشاركة بالاحراز أو بقسمة الامام فى دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فتنقطع شركة المدد)

قال (ولاحق لاهل سوق العسكر فى الغنيمة الا أن يقاتلوا) وقال الشافعى فى أحد قوليه يسهم لهم لقوله عليه الصلاة والسلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا أنه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقى وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا أو راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رضى الله عنه أو تأويله أن يشهدها على قصد القتال (وان لم تكن للامام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها) قال العبد الضعيف هكذا ذكر فى المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة فى هذا أن الامام اذا وجد فى المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان فى بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم فى رواية السير الصغير لانها ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته فى مفازة ومع رفيقه فضل حمولة

(قوله ولاحق لاهل سوق العسكر) أى (فى الغنيمة) لا سهم ولا رضخ (الا أن يقاتلوا) فحينئذ يستحقون السهم وبه قال مالك وأحمد والشافعى فيه قولان أحدهما كقولنا والآخر يسهم لهم واستدل الشافعى بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال (الغنيمة لمن شهد الوقعة) والصحيح أنه موقوف على عمر كما ذكر المصنف ذكره ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا وكيع حدثنا شعبة عن قيس بن مسلم عن طاوس عن ابن شهاب أن أهل البصرة غزوا نهاوند فأمدهم أهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر رضى الله عنه فظهروا فأراد أهل البصرة أن لا يقسموا لاهل الكوفة فقال رجل من بنى تميم أيها العبد الاجدع تريد أن تشاركنا فى غنائمنا وكانت أذنه جدعت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خير أذنى سببت ثم كتب الى عمر رضى الله عنه فكتب عمر ان الغنيمة لمن شهد الوقعة ورواه الطبرانى والبيهقى وقال وهو صحيح من قول عمر وأخرج ابن عدى عن على رضى الله عنه الغنيمة لمن شهد الوقعة وهذا قول صحابى وهو لا يرى جواز تقليد المجتهد اياه وكذا عند الكرخى من مشايخنا وعلى قول الآخرين (تأويله أن يشهد على قصد القتال) والوقعة هى القتال وهو معنى قول صاحب المجمل الوقعة صدمة الحرب وشهوده على قصد القتال انما يعرف بأحد أمرين باظهار خروجه للجهاد والتجهيز له لا لغيره ثم المحافظة على ذلك القصد الظاهر وهذا هو السبب الظاهر الذى ينبنى عليه الحكم وإما بحقيقة قتاله بان كان خروجه ظاهرا لغيره كالسوقى وسائس الدواب فان خروجه ظاهر لغيره فلا يستحق بمجرد شهوده اذ لا دليل على قصد القتال فاذا قاتل ظهر أنه قصده غير أنه ضم اليه شيأ آخر كالتجارة فى الحج لا ينتقص به ثواب حجه وعلى كون السبب ما قلنا تفرع ما لو أسر فى دار الحرب فأصابوا بعده غنيمة ثم انفلت فلحق بالجيش قبل أن يخرجوا شاركهم فيها وفى كل ما يصيبونه وان لم يلقوا قتالا بعده ولو لحق بعسكر غير الذى خرج معهم وقد أصابوا غنائم لا يشاركهم فيها الا أن يلقوا قتالا فيقاتل معهم لانه ما انعقد له سبب الاستحقاق معهم وانما كان قصده من اللحوق بهم الفرار ونجاة نفسه فلا يستحق الا أن يقاتلوا فيقاتل معهم لانه حينئذ تبين أنه قصد بالالحاق بهم القتال وكذا من أسلم فى دار الحرب ولحق بالعسكر والمرتد اذا تاب ولحق بالعسكر والتاجر الذى دخل بأمان اذا لحق بالعسكر ان قاتلوا استحقوا والا فلا شئ لهم (قوله واذا لم يكن للامام حمولة) بفتح الحاء المهملة ما يحمل عليه من بعير وفرس وغيره (يقسمها بينهم) فقيل قسمة الغنيمة فى دار الحرب للحاجة فتكون هذه القسمة بالاجتهاد فتصح وقيل قسمة ايداع الى دار الاسلام ويستردها فيقسمها ثم على هذا يكون بالاجرة وهل يكرههم على ذلك فى السير الصغير لا يكرههم لانه انتفاع بمال الغير لا بطيب من نفسه فهو كمن تلفت دابته فى دار الاسلام ومع رفيقه دابة فليس له أن يحمل عليها كرها بأجر المثل وقوله (لانه ابتداء اجارة) أى من كل وجه احتراز

(ولاحق لأهل سوق العسكر فى الغنيمة) باطلاقه يفيد نفى السهم الكامل والرضخ وكذا ذكر فى المبسوط وعلل بان قصدهم التجارة لا إعزاز دين الله وارهاب العدو (الا أن يقاتلوا) فلهم السهم (وقال الشافعى رحمه الله يسهم لهم فى قول لقوله صلى الله عليه وسلم الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد) وقوله (ولنا أنه لم توجد المجاوزة) واضح (وما رواه) من قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة (موقوف على عمر رضى الله عنه) ومثله ليس بحجة عنده لانه لا يرى تقليد الصحابى (أو تأويله أن يشهدها على قصد القتال) ألا ترى أن الكفار يشهدونها وليس لهم شئ (وان لم يكن للامام حمولة) بفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير أو فرس أو بغل أو حمار (قسمها بين الغانمين قسمة ايداع) وكلامه واضح وقوله (لانه ابتداء اجارة) أى من كل وجه وهذا احتراز عن اجارة مستأنفة فى حالة البقاء فانه يجبر على الاجارة بالاتفاق كما فى مسئلة السفينة فان من استأجر سفينة شهرا فمضت المدة فى وسط البحر فانه ينعقد عليها اجارة أخرى باجر المثل بغير رضا المالك وقوله (وصار كما اذا نفقت دابته) يعنى فى كونه ابتداء اجارة من كل وجه

وقوله (ويجبرهم فى رواية السير الكبير) ظاهر ويكون الأجر من الغنائم يبتدأ به قبل الخمس لان فى هـذا الاستئجار منفعة للغانمين فهو كالاستئجار لسوق الغنم والرمك وحق أصحاب الحمولة لايمنع صحـة الاستئجار لان شركة الملك هى التى لا تمنع صحة الاستئجار لا شركة الحق كما فى مال بيت المال وقوله (ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة) واضح مما تقدم قوله (ولا ملك قبل الاحراز) فيه نظر لانه يناقض قوله فيما تقدم لان بكل منها يتم الملك والجواب انه ترك (٣١٤) ذكر القسمة فى دار الحرب وبيع الغنائم فيها ههنا اعتمادا على ذكره هنالك أولان ذلك لعارض الحاجة والاعتبار للامور الأصلية وقوله (وقد بيناه) أى فى مسئلة قسمة الغنيمة فى دار الحرب قوله (ولا بأس بان يعلف العسكر) أى دوابهم العلف (فى دار الحرب) وقوله لم يقيده بالحاجة يعنى القدورى فى مختصره (وقد شرطها) يعنى محمدا (فى رواية) هى رواية السير الصغير (ولم يشترطها فى أخرى) وهى رواية السير الكبير ووجه كل منهما ماذكره فى الكتاب وهو واضح وقوله (وعلف ظهره) أى دابته واستعار لفظ الظهر لها والميرة الطعام (فيعتبر حقيقتها) أى حقيقة الحاجة فى السلاح وقوله (والدابة مثل السلاح) يعنى فى اعتبار حقيقة الحاجة لكن اذا اعتبر حاجة الركوب أما اذا اعتبر فيها الأكل فهى كالطعام (ويستعملوا الحطب وفى بعض النسخ الطيب) قيل وليس بصحيح لان القدورى نفسه قال فى شرح مختصر الكرخى بعدم جواز الانتفاع بالطيب اما الحطب فلتعذر النقل من دار الاسلام جاز استعماله كما فى العلف واما الادهان بالدهن فالمراد به الدهن المأكول كالزيت لانه لما كان مأكولا كان صرفه الى بدنه كصرفه الى أكله واذا لم يكن مأكولا لا ينتفع به بل يرده الى الغنيمة البرد

ويجبرهم فى رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص (ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة فى دار الحرب) لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعى وقد بينا الاصل (ومن مات من الغانمين فى دار الحرب فلا حق له فى الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته) لان الارث يجرى فى الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعى من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه قال (ولا بأس بان يعلف العسكر فى دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام) قال رضى الله عنه أرسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها فى رواية ولم يشترطها فى أخرى وجه الاولى أنه مشترك بين الغانمين فلا يباح الانتفاع به الا للحاجة كما فى الثياب والدواب وجه الاخرى قوله عليه الصلاة والسلام فى طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه فى دار الحرب لان الغازى لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقى على أصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه الحاجة فتعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده فى المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال (ويستعملوا الحطب) وفى بعض النسخ الطيب (ويدهنوا بالدهن

عن مثل ما اذا انقضت مدة اجارة السفينة فى وسط البحر أو البعير فى البرية فانه تنعقد بينهما اجارة بأجر المثل جبرا وفى السير الكبير يكرههم لانه دفع الضرر العام بالضرر الخاص ولان منفعته راجعة اليهم والاجرة من الغنيمة والاوجه أنه ان خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة بفعل هـذا وان لم يخف قسمها قسمة الغنيمـة فى دار الحرب فانها أصلح للحاجة وفيه اسقاط الاكراه واسقاط الاجرة وقوله فى المختصر أى القدورى (قوله ولا يجوز بيع الغنائم فى دار الحرب) لعدم الملك وهو المراد بقوله (وقد بينا الاصل فيه) وهـذا فى بيع الغزاة ظاهر وأما بيع الامام لها فذكر الطحاوى أنه يصح لانه مجتهد فيه يعنى أنه لابد أن يكون الامام رأى المصلحة فى ذلك وأقله تخفيف اكراه الحمل عن الناس أو عن البهائم ونحوه وتخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد فى المصلحة فلا يقع جزافا فينعقد بلا كراهة مطلقا (قوله ومن مات من الغانمين) تقـدم تفريعها على عـدم الملك قبل دار الاسـلام وهو المراد بقوله وقد بيناه (قوله ولا بأس بأن يعلف العسكر فى دار الحرب ويأكلوا ما وجـدوه من الطعام) علف الدابة علفا من باب ضرب ضربا فهى معلوفة وعليف والعلف ما اعتلفه وحاصل ما هنا أن الموجود إما ما يؤكل أولا وما يؤكل إما يتداوى به كالهليلج أولا فالثانى ليس لهم استعماله الا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بأن مات فرسه أو انكسر سيفه أما اذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز ولو فعل أثم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الحطب بخلاف الخشب المنحوت لان الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون أثر الملك فضلا عن الاستحقاق بخلاف حالة الضرورة فانها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده الى الغنيمة اذا انقضى الحرب وكذا الثوب اذا ضره

(قال المصنف ولا بأس بأن يعلف العسكر فى دار الحرب ويأكلوا الخ) أقول أى لا بأس بان يعلف العسكر دوابهم العلف فالمفعول بهما محذوفان علف الدابة يعلف علفا من باب ضرب اذا أطعمها العلف (قال المصنف ويستعملوا الحطب الخ) أقول معطوف على قوله بان يعلف (قوله قيل وليس بصحيح) أقول القائل هو الاتقانى (قوله واذا لم يكن مأكولا الخ) أقول كدهن البنفسج والخيرى

وويحوابه الدابة) لمساس الحاجة الى جميع ذلك (ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة) وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه (ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيأ) ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه أحدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كانت للجماعة وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا أنه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه أولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة لانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج

البرد فيستعمله ثم يرده اذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه ولو احتاج الكل الى الثياب والسلاح قسمها حينئذ بينهم (ولم يذكر) محمد رحمه الله (قسمة السلاح ولا فرق) كما ذكر المصنف لان الحاجة في السلاح والثياب واحد بخلاف السبي لا يقسم اذا احتيج اليه لانه من فضول الحوائج لا من أصولها فيستصحبهم الى دار الاسلام مشاة فان لم يطيقوا وليس معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل يعني بالاجر فيه روايتان تقدمتا وأما ما يتداوى به فليس لاحد تناوله وكذا الطيب والادهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لانه ليس في محل الحاجة بل الفضول وقال عليه الصلاة والسلام ردوا الخيط والمخيط ولا شك أنه لو تحقق بأحدهم مرض يحوجه الى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب فالمعتبر حقيقة الحاجة وأما ما يؤكل لا للتداوي سواء كان مهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والخبز والزبيب والعسل والسكر والفاكهة اليابسة والرطبة والبصل والشعير والتبن والادهان المأكولة كالزيت والسمن فلهم الاكل والادهان بتلك الادهان لان الادهان انتفاع في البدن كالاكل ويوقحوا الدواب بها وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالدهن اذا حفي من كثرة المشي والراء أي الترقيح خطأ كذا في المغرب لكن الاصح جوازه ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قرأنا على المشايخ وفي الجمهرة رقح عيشه ترقيحا اذا أصلحه وأنشد

يترك مارقح من عيشه * يعيث فيه همج هامج

والهمج من الناس هم الذين لا نظام لهم فالترقيح أعم من التوقيح وكذا كل ما يكون غير مهيأ كالغنم والبقر فلهم ذبحها وأكلها ويردون الجلد الى الغنيمة ثم شرط في السير الصغير الحاجة الى التناول من ذلك وهو القياس ولم يشترطها في السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الائمة الثلاثة فيجوز لكل من الفقير والغني تناوله الا التاجر والداخل لخدمة الجندي بأجر لا يحل لهم ولو فعلوا لا ضمان عليهم ويأخذ ما يكفيه هو ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانهم الذين دخلوا معه وينبغي أن يأخذ ما يكفي الداخل لخدمته كعبده لان نفقته عليه عادة فصار الحاصل منع الداخل بنفسه دون الغازي أن يأخذ لاجله ولان دليل الحاجة قائم وهو كونه في دار الحرب منقطعا عن الاسباب فيدار الحكم عليه بخلاف نحو الثياب والسلاح يناط بحقيقة الحاجة والحديث الذي ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها رواه البيهقي أنبأنا علي بن محمد بن بشران أخبرنا أبو جعفر الرازي حدثنا أحمد بن حنبل حدثنا الواقدي عن عبد الرحمن بن الفضل عن العباس بن عبد الرحمن الاشجعي عن أبي سفيان عن عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا وأخرجه الواقدي في مغازيه بغير هذا السند وهذا الاطلاق يوافق رواية السير

قوله (ويوقحوا به الدابة) التوقيح تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي من كثرة المشي ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قرأنا على المشايخ قال صاحب المغرب والراء خطأ لان الاول ههنا أولى وأليق قلت هذا التعليل ان كان منقولا عنه فهو مناقض لان ترك الاولى لا يسمى خطأ وقوله (وتأويله الخ) انما احتاج المصنف الى هذا التأويل لانه اذا احتاج الغازي الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقوله (وقد بيناه) اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه الخ وقوله (ولا يجوز أن يبيعوا) أي لا يجوز أن يبيعوا بالذهب والفضة (ولا يتمولونه) أي يبيعونه بالعروض وقوله (على ما قدمناه) يعني أنه لا ملك قبل الاحراز وكلامه واضح وقوله (يباح له الانتفاع في الفصلين) أي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب

(قوله ولا يتمولونه أي يبيعونه بالعروض) أقول قوله ولا يتمولونه عطف على قوله ولا يجوز لا على قوله ان يبيعوا فتأمل

قال (ومن أسلم منهم) معناه فى دار الحرب (أحرز باسلامه نفسه) لان الاسلام ينافى ابتداء الاسترقاق (وأولاده الصغار) لانهم مسلمون باسلامه تبعا (وكل مال هو فى يده) لقوله عليه السلام من أسلم على مال فهو له

الكبير وأخرج أبوداود عن عبد الله بن أبى أوفى أصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يجئ فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف وأخرج البيهقى عن هانئ بن كلثوم أن صاحب جيش الشام كتب الى عمر رضى الله عنه انا فتحنا أرضا كثيرة الطعام والعلف فكرهت أن أتقدم لشئ من ذلك الا بأمرك فكتب اليه دع الناس يأكلون ويعلفون فمن باع شيأ بذهب أو فضة ففيه خمس لله وسهام للمسلمين وهذا دليل ماذكر فى الكتاب من قوله ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيأ ولا يتمولونه فان باعوا ردوا الثمن الى الغنيمة لانه عوض عين مشتركة بين الغانمين استحقاقا (قوله ومن أسلم منهم) هنا أربع مسائل احداها أسلم الحربى فى دار الحرب ولم يخرج الينا حتى ظهر على الدار والحكم فيها ماذكر فى الكتاب من أنه أحرز نفسه وولده الصغار وما كان فى يده من المنقولات الى آخر ماسنذكر ثانيها أسلم فى دار الحرب ثم خرج الينا ثم ظهر على الدار فجميع ماله هنالك فئ الا أولاده الصغار لانه حين أسلم كان مستتبعا لهم فصاروا مسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنه بالتباين فيغنم وما أودع مسلما أو ذميا ليس فيأ لان يدهما يد صحيحة على ذلك المال فتدفع احراز المسلم فترد عليه وما أودع حربيا ففى ظاهر الرواية فئ وعن أبى حنيفة أنه له لان يده تخلف يده وجه الظاهر أنها ليست يدا صحيحة حتى لا تدفع اغتنام المسلمين عن أمواله وثالثها مستأمن أسلم فى دار الاسلام ثم ظهرنا على داره فجميع ماخلفه فيها من الاولاد الصغار والمال فئ لان تباين الدارين قاطع للعصمة فبالظهور ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم أما فى غير الاولاد فظاهر وأما فيهم فلانهم لم يصيروا مسلمين باسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا من جملة الاموال رابعها دخل المسلم أو الذمى دار الحرب بأمان واشترى منهم أموالا وأولادا ثم ظهرنا على الدار فالكل له الا الدور والارضين فانها فئ لان يده صحيحة لانه مسلم فتكون يده محرزة دافعة لاحراز المسلمين اياها فأما الارضون فالوجه فيها ماسنذكر ومن قاتل من عبيده فئ وأما أنه الحبلى الحربية وما فى بطنها فئ وو ديعته ولو عند حربى له لانه ما دام فى دار الحرب فيده عليها ولنأت الى مسئلة الكتاب قال ومن أسلم منهم الخ قال المصنف معناه فى دار الحرب قيد به احترازا عما لو أسلم مستأمنا فى دار الاسلام ثم ظهر على الدار فان جميع ما خلفه فيها حتى صغاره فئ على ماذكرناه وهو بعد ذلك أعم من كونه خرج الينا أو لم يخرج الينا والحكم المذكور يخص ما اذا لم يخرج حتى ظهر على الدار لما سمعته آنفا من أن الذى خرج فظهر على الدار وهو عندنا لا يحرز غير بنيه فلا بد من تقييده بكل من كونه فى دار الحرب وكونه لم يخرج حتى ظهر على الدار وحينئذ (يحرز نفسه وأولاده الصغار لانهم مسلمون تبعا وكل مال) بالنصب عطفا على نفسه من نقد وعبيد وإماء لم يقاتلوا (لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال فهو له) قال محمد حدثنا الثقة حدثنا ابن أبى لهيعة قال حدثنا أبو الاسود عن عروة بن الزبير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أسلم على شئ فهو له وأحسن من هذا السند سند سعيد بن منصور حدثنا عبد الله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وهذا مرسل صحيح وروى أبو داود عن أبان بن عبد الله بن أبى حازم عن عثمان بن أبى حازم عن أبيه عن جده صخر بن العيلة أنه عليه الصلاة والسلام غزا ثقيفا فساقه الى أن قال فدعاه أى دعا النبى صلى الله عليه وسلم صخرا فقال له ان القوم اذا أسلموا أحرزوا دماءهم وأموالهم ثم ساقه الى أن قال وسأل نبى الله صلى الله عليه وسلم ماء لبنى سليم فأنزله اياه وأسلم يعنى السلميين وساقه الى أن قال فقالوا يا رسول الله أسلمنا وأتينا صخرا ليدفع الينا ماءنا فأبى فدعاه فقال يا صخر ان القوم اذا أسلموا

قال (ومن أسلم منهم) انما احتاج المصنف الى قوله معناه فى دار الحرب ليقع الاحتراز به عن مستأمن دخل دارنا بأمان فاسلم فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فان أولاده وأمواله كلها فئ والفئ ما نيل من الكفار بعد ما تضع الحرب أوزارها وتصير الدار دار الاسلام قوله (لان الاسلام ينافى ابتداء الاسترقاق) لانه يقع جزاء لاستنكافه عن عبادة ربه عز وجل فانه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله تعالى بأن صيره عبد عبيده ولما كان مسلما وقت الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط واحترز بذلك عن الاسترقاق حالة البقاء فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم قوله (وأولاده الصغار وكل مال) منصوبان بالعطف على مفعول أحرز

(قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال الحديث) أقول أى مع مال (قوله فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم) أقول أى فى هذا الباب

وقوله (في يد صحيحة) احترازعن يد الغاصب وقوله (محترمة) احترازعن يد الحربي قوله (وقيل هذا) أي كون عقاره (فيأقول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر) قال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط والجامع الصغير فما كان في يده من المال فهو له الا العقار فانه في ء في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أستحسن في العقار ان أجعله له لانه ملك محترم له كالمنقول وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد الان كان عنه أيضار وايتان فقدهان الخطب اذذاك قوله (عندهما) أي عند أبي (٣١٧) حنيفة وأبي يوسف لان اليد على البقاع

ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه (أو وديعة في يد مسلم أو ذمي) لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده (فان ظهرنا على دار الحرب فعقاره فيء) وقال الشافعي هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها اذهو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد هو وقول أبي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على أن اليد حقيقة لاتثبت على العقار عندهما وعند محمد تثبت (وزوجته فيء) لانها كافرة حربية لاتتبعه في الاسلام (وكذا حملها فيء) خلافا للشافعي هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك (وأولاده الكبار فيء) لانهم كفار حربيون ولاتبعية (ومن قاتل من عبيده فيء) لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا لاهل دارهم

أحرزوا دماءهم وأموالهم فادفع الى القوم ماءهم وأبان هذا مختلف في توثيقه وتضعيفه وصخر بن العيلة بعين مهملة مفتوحة ثم يليها ياء مثناة من تحت ويقال ابن أبي العيلة (ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه) وقوله (أو وديعة) أودعها (في يد مسلم أو ذمي لانه في يد صحيحة محترمة) بنصب وديعة (ويده) أي يد المودع (كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء) وماله من زرع قبل أن يحصد لانه تبع للارض (وقال الشافعي هو له لانه في يده فهو كالمنقول) ولم يذكروا خلافا في شروح الجامع الصغير ونقل المصنف عن بعضهم نقل الخلاف فقال (وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على أن اليد لاتثبت حقيقة على العقار عندهما وعند محمد تثبت) وحكاه شمس الائمة على خلاف هذا فقال فأما عقاره لايصير غنيمة في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أستحسن فأجعل عقاره له لانه ملك محترم له كالمنقول اه وحكى غيره أن عندهما لايصير فيأ وعند أبي حنيفة هو فيء ووجهه ما ذكر المصنف رحمه الله بقوله (ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها اذهو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة) بل حكما ودار الحرب ليست دار أحكام فكانت يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يدهم أقوى من يد السلطان وأهل الدار لانها جعلت شرعا سالبة لما في أيديهم وظاهر ماذكرناه من حديث أبان يشهد لكونه غير فيء فانه قال لصخر حين منعهم ماءهم ان القوم اذا أسلموا أحرزوا أموالهم فسماه مالا والمراد من الماء الارض التي فيها الماء لانفس الماء بخصوصه ألاترى الى قوله أنزلني فأنزله اياه والاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم بناء على تسميتها مالا في ذلك الحديث لكن قد ضعف أبانا جماعة مع احتمال أن يراد حقيقة الماء ونزول الارض لاجله قال (وزوجته فيء لانها كافرة حربية لاتتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء) وان حكم باسلامه تبعا لخير الابوين دينا (خلافا للشافعي هو يقول انه مسلم كالمنفصل ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره) كما لو تزوج أمة الغير تكون أولاده مسلمين أرقاء (بخلاف المنفصل لانعدام الجزئية وأولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون) لايتبعونه في الاسلام ولاخلاف في هذا (ومن قاتل من عبيده) فهو (فيء) خلافا للائمة الثلاثة

انما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها أقوى من يده لغلبتهم وعند محمد تثبت (وزوجته فيء) لانها كافرة لاتتبعه في الاسلام لان المسلم يتزوج الكتابية وتبقى كتابية ولاتصير مسلمة تبعا لزوجها اذهو من باب الاعتقاد (وكذا حملها فيء خلافا للشافعي رضي الله عنه) في الحمل (هو يقول انه) أي الحمل (مسلم) بتبعية أبيه والمسلم لايسترق كالولد المنفصل (ولنا أنه جزؤها) وهي قد صارت فيأ بجميع أجزائها ألاترى انه لايجوز ان يستثنى الجنين في اعتاق الأم كما لايستثنى سائر أجزائها فكما أن الحمل لايصير عبدا عند اعتاق الأم مستثنى بحال فكذا في الاسترقاق لايصير الجنين مستثنى بعدما ثبت الرق في الأم وقوله (والمسلم محل للتملك) جواب عن قوله انه مسلم تبعا وتقريره سلمنا انه مسلم تبعا لكن المسلم محل التملك تبعا لغيره كما اذا تزوج المسلم أمة الغير يكون الولد رقيقا بتبعية الأم وان كان مسلما باسلام أبيه وقوله (بخلاف المنفصل) جواب عن قوله كالمنفصل وهو ظاهر وكذلك قوله (وأولاده الكبار فيء ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل الدار) وأهل الدار فيء ومن لم يقاتل فليس بفيء لانهم أتباعه

(قال المصنف أو وديعة) أقول عطف على قوله في يده (قال المصنف ولنا أن العقار الى قوله وسلطانها) أقول قوله وسلطانها معطوف على قوله أهل (قوله وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد) أقول فيه شيء

(وقوله وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان أو وديعة لان يده ليست بمحترمة) اعترض عليه بان ما قام مقام غيره انما يعمل بوصف الاصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء في التيمم ولما كان الحربي مقام المودع المسلم كان الواجب أن تكون يده كيد المسلم محترما نظرا الى نفسه لا غير محترم نظرا الى الحربي وأجيب بأن قيام يد المودع على الوديعة حقيقي وقيام يد المالك عليها حكمي واعتبار الحكمي ان أوجب العصمة فاعتبار الحقيقي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة لان المال في أصله على صفة الاباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك وانما تثبت التبعية أن لو ثبت يد المالك المعصوم له حقيقة أو حكما مع الاحترام لانه بدون الاحترام يعارضها جهة الاباحة الاصلية فلا تثبت بالشك وقوله (وما كان غصبا في يد مسلم) اختلف نسخ الهداية في هذا الموضع فبعضها وقع هكذا وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة وقالا لا يكون فيأ قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد) وهو ليس بصحيح لانه ليس بمذكور في السير الكبير بلفظ قالا بل ليس لابي يوسف فيه ذكر وبعضها وقع هكذا وذكر قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رضي الله عنه وهو أيضا ليس بصحيح لان المذكور في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد وبعضها وقع هكذا فهو فيء عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيأ قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد وهذا هو الصحيح المطابق لرواية السير فيتبعها
الكبير وشرح الجامع الصغير (لهما أن المال تابع للنفس) لكونه وقاية لها (والنفس صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها ولابي حنيفة أنه) أي المال الذي غصبه المسلم أو الذمي من الحربي الذي أسلم

(وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء) غصبا كان أو وديعة لان يده ليست بمحترمة (وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيأ) قال العبد الضعيف رحمه الله كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه

والظاهر معهم لانه لم يخرج عن كونه ماله ولاصحابنا أنه لما قاتل والفرض أن سيده مسلم فقد تمرد على مولاه فخرج عن يده فصار تبعا لاهل دارهم فنقصت نسبته بالمالية الى مولاه لان كمال معنى ماليته بالملك واليد وعن هذا قلنا (ما كان من ماله في يد حربي غصبا فهو فيء) لارتفاع يده بالغصب واليد التي خلفت ليست صحيحة ولا محترمة ولان الحربي الغاصب ملكه بالغصب لان دار الحرب دار القهر والغلبة قاله الفقيه أبو الليث وكذا اذا كان وديعة عند حربي عند محمد خلافا للائمة الثلاثة في الفصلين لاطلاق الحديث ولابي يوسف ومحمد في فصل الوديعة لان يد المودع كيده ولو كانت في يده حقيقة لا تكون فيأ فكذا اذا كانت في يده حكما بخلاف الغصب لانه ليس في يده حقيقة ولا حكما ولابي حنيفة أن يد الحربي ليست محترمة ألا ترى أنها لا تدفع يد الغانمين عن مالهم فلا تدفع يدهم عن مال غيرهم وأورد أن يد المودع الحربي لما قامت مقام يده وجب أن تعمل عمل الاصل وهو يد المسلم لا بوصف نفسها كما أن التراب لما كان خلفا عن الماء عمل بصفة الماء فرفع الحدث فيكون المال معصوما والعصمة صاحبه أجيب بجوابين أحدهما أن المال في الاصل غير معصوم بل على الاباحة وانما يعصم تبعا لعصمة مالكه وتبعيته له في العصمة انما تثبت اذا ثبتت يد المالك المعصوم حقيقة أو حكما مع الاحترام وكلاهما منتف هنا وهذا انما قد يمنع فيه عدم الاحترام بل يده الحكمية محترمة وغير المحترمة انما هي يد الحربي الحقيقية الثاني أن قيام يد المودع حقيقي وهو الحربي وقيام يد المودع المسلم حكمي فاعتبار الحكمي ان أوجب العصمة فالحقيقي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك ويرد على هذا منع أنها لم تكن ثابتة بل كانت معلومة الثبوت من حين أسلم للاجماع على ثبوت ملكه حال كونه في يد الحربي والنص يوجب في ملكه العصمة بالاسلام وأما ما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فقال المصنف هو قول أبي حنيفة خلافا لهما وقال (هكذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع أبي حنيفة) وفي بعض النسخ وقالا لا يكون فيأ الى أن قال وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد فلا شك أن هذا تكرار لا معنى له ثم قال في النهاية انه تتبع النسخ والصحيح منها أن يقال وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيأ لان رواية السير الكبير على ما ذكر الامام شمس الائمة هكذا وكذا في المحيط ولم يذكر فيها قول أبي يوسف مع محمد وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد لان فخر الاسلام قال في الجامع ولو كان وديعة عند حربي أو غصبا عند مسلم أو ذمي أو ضائعا فهو فيء وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يكون فيأ وكذا ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي وغيرهما (لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه

(قوله وأجيب بان قيام يد المودع الخ) أقول خلاصة الجواب أن العمل بوصف الاصل انما يكون اذا لم يكن له معارض وههنا وجد المعارض وهو الاباحة الاصلية (قوله مع الاحترام) أقول أي احترام اليد الحقيقي

(مال مباح) لانه ليس بمعصوم لعدم الاحراز حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه ليس في يد نائبة لكونه في يد الغاصب وهو ليس بنائب بخلاف المودع وكل مال مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف وقوله (والنفس لم تصر معصومة باسلامه) جواب عن قولهما وقد صارت معصومة باسلامه وتقريره لانسلم أنها صارت معصومة باسلامه (ألاترى أنها ليست بمتقومة) حتى لايجب القصاص والدية على قاتله في دار الحرب فان قيل لولم تكن معصومة لما كانت محرّم التعرض كالحربي وليس كذلك أجاب بقوله (الا أنها محرم التعرض في الاصل) يعني أن حرمة التعرض ليست لكونها معصومة وانما هي باعتبار أن النفس على الاطلاق محرم التعرض في الاصل لكونها مكلفة لتقوم بما كلفت به (واباحة التعرض) انما هي (بعارض شره وقد اندفع بالاسلام) فعادت الى أصلها لا باعتبار أنها معصومة (بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك) فكان المقتضي موجودا والمانع منتفيا لان المانع كونه في يده حقيقة أو حكما مع الاحترام وهذا ليس في يده حكما لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك فلم تثبت العصمة فيجعل كأنه ليس في يد أحد فكان فيأ قوله (واذا خرج المسلمون) ظاهر وقوله (معناه اذا لم تقسم) يعني الغنيمة وقوله (اعتبارا بالمتلصص) فانه اذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فأخذوا اشيأ فهو لهم ولا يخمس لانه ليس بغنيمة اذ الغنيمة هو المأخوذ قهرا باذن الامام فهو مباح سبقت أيديهم اليه قوله (وبعد القسمة تصدقوا به) أي اذا جاؤا بما فضل من طعام أو علف أخذوا من الغنيمة بعد قسمة الامام الغنيمة في دار الاسلام تصدقوا به ويقال رجل محوج أي محتاج وقوم محاويج وقوله لتعذر الرد على الغانمين يعني لتفرقهم

فيتبعها ماله فيها وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام ألاترى انها ليست بمتقومة الا أنه محرّم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة (واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها) لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام (ومن فضل معه علف أو طعام ردّه الى الغنيمة) معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه أنه لا يردّ اعتبارا بالمتلصص ولنا أن الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان أحق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدّقوا به ان كانوا أغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين

فيتبعها ماله وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام) بل معه بسبب اندفاع شره به فانما هو محرّم التعرض في الاصل لكونه مكلفا حامل الامانة (واباحة التعرض) كان (بعارض شره) فلما اندفع بالاسلام عاد الاصل (بخلاف المال فانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك) في الاصل (وليست في يده) حال الغصب لا حقيقة ولا حكما فليس في يد أحد (فلم تثبت العصمة) فكان مباحا بخلاف مالو كان في يد المسلم أو الذمي وديعة فانه في يد مالكه حكما مع الاحترام فلم يكن فيأ وما تقدم من أن الملك يتم في دار الحرب بالقهر والغلبة كما ذكره أبو الليث يقتضي أن يزول ملكه الى المسلم الغاصب وحينئذ لا يكون مباحا اللهم الا أن يقتصر على نقصان الملك بسبب زوال اليد (قوله وليست في يده حكما) أنث على تأويل الاموال ﴿فروع﴾ أسر العدو عبدا ثم أسلموا فهو لهم لانه مال أسلموا عليه ولو كان ذلك العبد جنى جناية أو أتلف متاعا ألزمه قيمته بطلت الجناية ولزم الدين لان حق ولي الجناية في رقبته ولا يبقى بعد زوال ملك المولى ألاترى أنه لو زال ملكه بالبيع أو الهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية فأما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه بتبدل الملك وهذا لان الدين شاغل لماليته فانما ملكه مشغولا به فلو اشتراه رجل منهم أو أصابه المسلمون في غنيمة أي ولم يسلم مولاه فأخذه المولى بالقيمة أو الثمن فان الجناية لا تبطل عنه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال (قوله واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة اندفعت والاباحة) التي كانت في دار الحرب انما كانت (باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج ومن فضل معه طعام أو علف يرده الى الغنيمة معناه اذا لم يكن قسم) الغنيمة في دار الحرب بشرطه ولو انتفع به قبل قسمتها بعد الاحراز يرد قيمته وهو قول مالك وأحمد والشافعي في قول (وعنه أنه لا يرده اعتبارا بالمتلصص) وهو الواحد الداخل أو الاثنان الى دار الحرب اذا أخذ شيأ فأخرجه يختص به قلنا مال تعلق به حق الغانمين والاختصاص كان للحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه دائما أحق به قبل الاخراج وبعده وأما بعد القسمة فيتصدقون بعينه ان كان قائما وبقيمته ان كانوا باعوه هذا ان كانوا أغنياء وان كانوا محاويج فقراء انتفعوا به ان كان قائما (لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين) لتفرقهم

(قوله لعدم الاحراز) أقول أي لعدم احراز الحربي الذي اسلم (قوله وتقريره لانسلم أنها صارت معصومة الخ) أقول الظاهر أن مرادهما معصومة النفس عن اثبات اليد وظاهر أنه لا مجال لمنعه

وقوله (فأخذ حكمه) أى أخذت الغنيمة حكم الأصل وانما ذكر ضمير الغنيمة على تأويل ما يقوم أو على تأويل المذكور يعنى لو كان فاضل الغنيمة الذى كان معه قائما بعينه وهو فقير فقد حل له التناول منه فكذا يحل له التناول من قيمته لان القيمة تقوم مقام الاصل

﴿فصل فى كيفية القسمة﴾ لما بين أحكام الغنائم لابد من بيان كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع فى مكان معين (ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس) أى أخرجه استعار الاستثناء للاخراج لوجود معناه فيه (ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين) بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فلان الله تعالى قال واعلموا أنما غنمتم من شئ أضاف الغنيمة الى الغانمين وهم الغزاة ثم قال تعالى فأن لله خمسه فكان بيان ضرورة أن بقية الاخماس للغزاة وقد عرف ذلك فى أصول الفقه وأما السنة فلأن النبى صلى الله عليه وسلم قسمها بين الغانمين ولان الاربعة الاخماس للغانمين بالاجماع فيقسم بينهم أيضا ايصالا للحق الى مستحقه ثم كيفية القسمة أن يعطى الفارس سهمين والراجل سهما (عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا وهو قول الشافعى رضى الله عنه للفارس ثلاثة أسهم) ورووا فى ذلك ما ذكر فى الكتاب والغناء بالمد والفتح الاجزاء والكفاية والكر الحملة والفر بمعنى الفرار والفرار اذا كان لأجل أن يكون الكر أشد كان من الجهاد والفرار فى موضعه محمود لئلا يرتكب المنهى المذكور فى قوله تعالى ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة

وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغنى يتصدق بقيمته والفقير لاشئ عليه لقيام القيمة مقام الاصل فأخذ حكمه

﴿فصل فى كيفية القسمة﴾ قال (ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها) لقوله تعالى فأن لله خمسه استثنى الخمس (ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين) لانه عليه الصلاة والسلام قسمها بين الغانمين (ثم للفارس سهمان وللراجل سهم) عند أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه (وقالا للفارس ثلاثة أسهم) وهو قول الشافعى رحمة الله تعالى عليه لما روى ابن عمر رضى الله تعالى عنه أن النبى عليه الصلاة والسلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لاغير

وان كانوا تصرفوا فيه فلاشئ عليهم وعلى هذا قيمة ما انتفع به بعد الاحراز يتصدق بها الغنى لا الفقير (لقيام القيمة مقام الاصل) وأخذها حكمه

﴿فصل فى كيفية القسمة﴾ قيل لما بين أحكام الغنيمة شرع يبين قسمتها ولا يخفى أن من أحكام الغنيمة وجوب قسمتها وانما أفرده بفصل على حدته لكثرة مباحثه وشعبه بالنسبة الى غيره من الاحكام والقسمة جعل النصيب الشائع محلا معينا (قوله ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها) أى عن القسمة بين الغانمين (ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين) هذا قول القدورى وقال المصنف (لقوله تعالى فأن لله خمسه استثنى الخمس) أى الله تعالى أخرج الخمس من أن يثبت حق الغانمين فيه فكان استثناء معنى للاخراج وهو من استثنيت الشئ أى زويته لنفسى فهذا يرجع الى قول الله تعالى لا قسمة الامام بل الخمس داخل فى قسمته اذ حاصل بيان قسمتها هو أن يعطى خمسها اليتامى والمساكين وأبناء السبيل على ما سيأتى ويعطى الاربعة الاخماس للغانمين (فعند أبى حنيفة) وزفر (للفارس سهمان وللراجل سهم وعندهما) وهو قول مالك والشافعى وأحمد وأكثر أهل العلم (للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم) لهم ما روى عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما لفظ البخارى وأخرجه الستة الا النسائى وفى مسلم عنه قسم فى النفل للفرس سهمين وللراجل سهما وفى رواية باسقاط لفظ النفل وفى رواية أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه وهذه الالفاظ كلها تبطل قول من أول من الشراح كون المراد من الرجال الرجالة ومن الخيل الفرسان بل فى بعض الالفاظ القائلة قسم خيبر على ثمانية عشر سهما وكانت الرجالة ألفا وأربعمائة والخيل مائتين وعن ابن عباس مثله (ولان الاستحقاق بالغناء) وهو بالمد والفتح الاجزاء والكفاية (وغناء الفارس الكر) اى الحملة على الاعداء (والفر) الكائن للكرة أو للنجاة فى موضع يجوز الفرار وهو ما اذا علم أنه مقتول ان لم يفر كى لا يرتكب المنهى عنه فى قوله تعالى ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة (والثبات وليس للراجل الا الثبات) فاغنى فى ثلاثة أمور والراجل فى واحد منها واستدل المصنف لابى حنيفة بحديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهما وهو غريب من حديث ابن عباس بل الذى رواه اسحق بن راهويه فى مسنده قال حدثنا محمد بن الفضل بن غزوان

حدثنا

﴿فصل فى كيفية القسمة﴾ (قوله ثم قال فأن لله خمسه فكان بيان ضرورة أن بقية الاخماس للغزاة) أقول كقوله تعالى وورثه أبواه فلأمه الثلث (قوله ولان الاربعة الاخماس للغانمين بالاجماع) أقول فى العبارة مسامحة وكان الظاهر أن يقول وأما الاجماع فلأن الخ

ولابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه ماروى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبى عليه الصلاة والسلام قسم للفارس سهمين

حدثنا الحجاج عن أبى صالح عن ابن عباس قال أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما وأخرجه أيضا من طريق ابن أبى ليلى عن الحكم عن ابن عباس وعن ابن عباس نحوه فى حديث الخمس برواية غير واحد من الائمة لكن فى هذا الباب أحاديث منها ما فى أبى داود عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصارى قال قال سمعت أبى يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الانصارى عن عمه مجمع بن جارية الانصارى وكان أحد القراء الذين قرؤا القرآن قال شهدنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما انصرفنا عنها اذا الناس يهزون الاباعر فقال بعض الناس لبعض ما للناس قالوا أوحى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجنا مع الناس نوجف فوجدنا النبى صلى الله عليه وسلم واقفا على راحلته عند كراع الغميم فلما اجتمع عليه الناس قرأ عليهم انا فتحنا لك فتحا مبينا فقال رجل يارسول الله أفتح هو قال نعم والذى نفس محمد بيده انه لفتح فقسمت خيبر على أهل الحديبية فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سهما وكان الجيش ألفا وخمسمائة فيهم ثلثمائة فارس فأعطى الفارس سهمين وأعطى الراجل سهما قال أبو داود وهذا وهم وانما كانوا مائتى فارس فأعطى الفرس سهمين وأعطى صاحبه سهما وقال الشافعى انما قال فأعطى الفرس سهمين وأعطى الرجل يعنى صاحبه فغلط الراوى عنه وأعله ابن القطان بالجهل بحال يعقوب وأما ابنه مجمع الراوى عنه فثقة ومنها ما فى معجم الطبرانى عن المقداد بن عمرو أنه كان يوم بدر على فرس يقال له سبحة فأسهم له النبى صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم واحد وله سهم وفى سنده الواقدى وأخرج الواقدى أيضا فى المغازى عن جعفر بن خارجة قال قال الزبير بن العوام شهدت بنى قريظة فارسا فضرب لى بسهم ولفرسى بسهم وأخرج ابن مردويه فى تفسيره حدثنا أحمد بن محمد بن السرى حدثنا المنذر بن محمد حدثنى أبى حدثنا يحيى بن محمد بن هانئ عن محمد بن اسحق قال حدثنا محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة قالت أصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سبايا بنى المصطلق فأخرج الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين فأعطى الفارس سهمين والراجل سهما ومنها حديث ابن عمر الذى عارض به المصنف رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا أبو اسامة وابن نمير قالا حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما اهـ ومن طريقه رواه الدارقطنى وقال قال أبو بكر النيسابورى هذا عندى وهم من ابن أبى شيبة لان أحمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن أبى اسامة خلاف هذا يعنى انه أسهم للفارس ثلاثة أسهم ثم أخرجه عن نعيم بن حماد حدثنا ابن المبارك عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أسهم للفارس سهمين وللراجل سهما ولاشك أن نعيما ثقة وابن المبارك من أثبت الناس وأخرجه أيضا عن يونس بن عبد الاعلى حدثنا ابن وهب أخبرنى عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل للفارس سهمين وللراجل سهما قال وتابعه ابن أبى مريم وخالد بن عبد الرحمن عن عبد الله بن عمر العمرى ورواه القعنبى عن العمرى بالشك فى الفارس أو الفرس ثم أخرجه عن حجاج بن منهال حدثنا حماد بن سلمة حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما وخالفه النضر بن محمد عن حماد وممن روى حديث عبيد الله متعارضا الكرخى لكن رواية السهمين

(ولابى حنيفة رضى الله عنه ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما) وهو ظاهر ولكن طريقة استدلاله مخالفة لقواعد الاصول فان الاصل أن الدليلين اذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار الى مابعده لا الى ماقبله وهو قوله فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله والمسلك المعهود فى مثله أن يستدل بقوله ويقول فعله لا يعارض قوله لكون القول أقوى بالاتفاق

(قوله والمسلك المعهود) أقول الواو حالية

وقوله (واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره) أى سلمت عن المعارضة فيعمل بها يعنى رواية ابن عباس وقوله (فيكون غناؤه مثل غناء الرجل) لان نفس الفرار ليس بمحمود بل الفرار انما يحسن اذا فعل لاجل الكر فيكونان من جنس واحد (ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته) يعنى قد يزيد الفارس على فارس آخر والراجل على راجل آخر فى الغناء والوقوف على تلك الزيادة متعذر لانها تظهر عند المسايفة وكل منهم مشغول بروحه واذا كان متعذرا وله سبب ظاهر أدير الحكم عليه (والفارس سببان نفسه والفرس والراجل سبب واحد) وهو نفسه (فكان استحقاق الفارس على ضعفه)

واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلى غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه

عنه أثبت وروى الدارقطنى أيضا فى كتابه المؤتلف والمختلف حدثنا عبد الله بن محمد بن اسحق المروزى ومحمد بن على بن أبى روبة قالا حدثنا أحمد بن عبد الجبار حدثنا يونس بن بكير عن عبد الرحمن بن أمين عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا ثبت التعارض فى حديث ابن عمر بل فى فعله عليه الصلاة والسلام مطلقا نظرا الى تعارض رواية غير ابن عمر أيضا ترجح النفى بالاصل وهو عدم الوجوب وبالمعنى وهو (أن الكر والفر جنس واحد) والثبات جنس فهما اثنان للفارس وللراجل أحدهما فله ضعف ماله ولان الزيادة ليست الا بالزيادة فى الغناء ضرورة وان تعذر معرفة الزيادة فى القتال حقيقة لأن كم من راجل أنفع فيه من راجل وفارس من فارس ولا يستنكر زيادة اغناء راجل عن فارس فانما (يدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان) فى الغناء بنفسه وفرسه (وللراجل نفسه فقط) فكان على النصف وقول المصنف (واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره) يريد ابن عباس وعلمت ما فيه فان قيل المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة وحديث ابن عمر فى البخارى فهو أصح قلنا قدمنا غير مرة أن كون الحديث فى كتاب البخارى أصح من حديث آخر فى غيره مع فرض ان رجاله رجال الصحيح أو رجال روى عنهم البخارى تحكم محض لا نقول به مع أن الجمع وان كان أحدهما أقوى من الآخر أولى من ابطال أحدهما وذلك فيما قلنا بحمل رواية ابن عمر على التنفيل فكان اعمالهما أولى من اهمال أحدهما بعد كونه سندا صحيحا على ما ذكرت من حديث ابن المبارك ويونس بن عبد الاعلى وذكرنا من تابعه وأما قوله تعارض فعلا فيرجع الى قوله يعنى قوله للفارس سهمان وللراجل سهم وهو غير معروف وخطئ من عزاه لابن أبى شيبة ثم هو وزان ما تقدم له فى سجود السهو من قوله فتعارضت روايتا فعله وبقى التمسك بقوله وعلم ما تقدم هنالك من أنه يفيد أن المصير أولا الى الفعل فاذا تعذر التمسك به حينئذ يصار الى القول وليس كذلك هذا * واعلم أن مخارج حديث الثلاثة أكثر فانه روى من حديث ابن عمر وأخرجه أبو داود من حديث ابن أبى عمرة عن أبيه والطبرانى من حديث أبى رهم وهو مختلف فى صحبته وأخرجه أيضا من حديث أبى كبشة الانمارى والبزار من حديث المقداد وأخرجه اسحق بن راهويه من حديث ابن عباس وكذا الطبرانى وأبو عبيد القاسم بن سلام وأخرجه أحمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير والدارقطنى عن عبد الله بن الزبير عن الزبير وأخرجه الدارقطنى أيضا من حديث جابر وأخرجه أيضا من حديث أبى هريرة وأخرجه أيضا من حديث سهل بن أبى حثمة وهى مع انها لم تسلم من المقال منها ما لا ينافى قول أبى حنيفة لانك قد علمت أن رواية الثلاثة محمولة على التنفيل فى تلك الوقعة ونص حديث ابن أبى عمرة أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعة نفر ومعنا فرس لا ينافيه وكذا حديث أحمد أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الزبير سهما وفرسه سهمين وكذا حديث جابر فانه قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزاة فأعطى الفارس منا ثلاثة أسهم وأعطى الراجل سهما بل هذا ظاهر فى أنه ليس

قال المصنف (فيكون غناؤه مثلى غناء الراجل الخ) أقول قال الزيلعى منع انا نمنع أن زيادة الغناء تستحق به الزيادة الا يرى أن الشاكى بالسلاح أكثر غناء من الاعزل ومع هذا لا تستحق به الزيادة ولان الفرس تبع فلا يزيد سهمه على الاصل وما رووه محمول على التنفيل كما روى أنه عليه الصلاة والسلام أعطى سلمة بن الاكوع رضى الله تعالى عنه سهم الفارس والراجل وهو كان راجلا أجيرا لطلحة والاجير لا يستحق سهما من الغنيمة وانما أعطاه رضخا لجده فى القتال وقال خير رجالتنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا أبو قتادة اهـ فيه بحث ان شئت فانظر الى شرح الاتقانى حيث قال فان قلت السوقى من أهل سوق العسكر والاجير لخدمة الغازى لا سهم لهما اذا لم يقاتلا كالعبد ثم اذا قاتلا يسهم لهما كما يسهم لسائر الغزاة والعبد اذا قاتل لا يسهم له بل يرضخ فما الفرق قلت ان العبد تبع فانحط رتبة بخلافهما حين القتال لانه لا تبعية حينئذ بل هما كسائر الغزاة ولهذا سقط أجرة زمان القتال مع العدو عن المستأجر اهـ قال الزيلعى الاجير لا يسهم له لانه دخل لخدمة المستأجر ولا يجمع له أجر ونصيب فى الغنيمة اهـ (قوله لان نفس الفرار الخ) أقول كأن فيه اشارة الى جواب قوله والفرار فى موضعه محمود الخ فانه ممنوع ولا نسلم استلزام تركه ارتكاب النهى وكيف وقد وقع من الصحابة رضى الله عنهم

امره

(ولا يسهم الا لفرس واحد) وقال أبو يوسف يسهم لفرسين لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيا فيحتاج الى الآخر ولهما أن البراء بن أوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس

أمره المستمر والا لقال كان عليه الصلاة والسلام أوقضى عليه الصلاة والسلام ونحوه فلما قال غزاة وقد علم أنه شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم غزوات ثم خص هذا الفعل بغزاة منها كان ظاهرا فى أن غيرها لم يكن كذلك نعم فى رواية الدارقطنى لحديث الزبير أعطانى يوم بدر وفى رواية له أخرى عنه يوم خيبر ولا تنافى اذ جاز كونه قسم له ذلك فيهما ومافى حديث سهل بن أبى حثمة أنه شهد حنينا فأسهم لفرسه سهمين وله سهما وفى حديث عبد الله بن أبى بكر بن عمرو بن حزم من طريق ابن اسحق فى غزوة قريظة انه عليه الصلاة والسلام جعل للفارس وفرسه ثلاثة أسهم له سهم ولفرسه سهمان لا يقتضى أن ذلك مستمر منه عليه الصلاة والسلام وقد بقى حديث بنى المصطلق عن عائشة وتقدم ما يعارض حديث بنى قريظة هذا وأما حديث أبى كبشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال انى جعلت للفرس سهمين وللفارس سهما فمن نقصهما نقصه الله تعالى فلم يصح لانه رواية محمد بن عمران القيسى أكثر الناس على تضعيفه وتوهينه (قوله ولا يسهم الا لفرس واحد) أى اذا دخل دار الحرب بفرسين أو أكثر وهذا قول مالك والشافعى (وقال أبو يوسف) وهو قول أحمد (يسهم لفرسين) فيعطى خمسة أسهم سهم له وأربعة أسهم لفرسيه ولم يذكر الخلاف فى ظاهر الرواية عن أبى يوسف وانما هو فى رواية الاملاء عنه واستدل المصنف لذلك بما روى (أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين) وهذا روى من حديث أبى عمرة عن بشير بن عمرو بن محصن قال أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسى أربعة أسهم ولى سهما فأخذت خمسة أسهم رواه الدارقطنى ومن حديث الزبير أخرجه عبد الرزاق أخبرنا ابراهيم بن يحيى الاسلمى أخبرنا صالح بن محمد عن مكحول أن الزبير حضر خيبر بفرسين فأعطاه النبي صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم وهذا منقطع وقد قبله الاوزاعى عن مكحول منقطعا وقال به وقال الشافعى فى دفعه وهشام أثبت فى حديث أبيه الى أن قال وأهل المغازى لم يرووا أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين ولم يختلفوا أنه يعنى النبي عليه الصلاة والسلام حضر خيبر بثلاثة أفراس السكب والضرب والمرتجز ولم يأخذ الا لفرس واحد انتهى يريد بحديث هشام ما تقدم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير رضى الله عنهم قال أعطانى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر أربعة أسهم سهمين لفرسى وسهما لى وسهما لامى من ذوى القربى ومن رواية هشام بن عروة أيضا عن يحيى بن عباد عن عبد الله بن الزبير عن جده قال ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر للزبير بن العوام بأربعة أسهم سهم له وسهم لامه صفية بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه وهذا أحسن الا أن قوله أهل المغازى لم يروا أنه أسهم لفرسين ليس كذلك قال الواقدى فى المغازى حدثنا عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال كان مع الزبير يوم خيبر فرسان فأسهم له النبي صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم وقال أيضا حدثنى يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن أبى صعصعة عن الحرث بن عبد الله بن كعب أن النبي صلى الله عليه وسلم قاد فى خيبر ثلاثة افراس لزاز والضرب والسكب وقاد الزبير بن العوام أفراسا وقاد خراش بن الصمة فرسين وقاد البراء بن أوس فرسين وقاد أبو عمرة الانصارى فرسين فأسهم عليه الصلاة والسلام لكل من كان له فرسان خمسة أسهم أربعة لفرسيه وسهماله وما كان أكثر من فرسين لم يسهم له ويقال انه لم يسهم الا لفرس واحد وأثبت ذلك أنه أسهم لفرس واحد ولم يسمع أنه صلى الله عليه وسلم أسهم لنفسه الا لفرس واحد الى هنا كلام الواقدى مع اختصاره وقال سعيد بن منصور حدثنا فرج بن

(قوله ولا يسهم الا لفرس واحد) واضح وحاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتى فعله صلى الله عليه وسلم والرجوع الى ما بعدهما وهو القياس بقوله (ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة) فلا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب مفضيا الى زيادة الغناء بالقتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس

قال المصنف (فلا يكون السبب الظاهر) أقول أى لاستحقاق الغنيمة

ومارواه محمول على التنفيل كما أعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل (والبراذين والعتاق سواء) لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل فى الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدوّ الله وعدوّكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربى ان كان فى الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفا ففى كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا

فضالة حدثنا محمد بن الوليد الزبيرى عن الزهرى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى أبى عبيدة ابن الجراح أن أسهم للفرس سهمين وللفرسين أربعة أسهم ولصاحبهما سهما فذلك خمسة أسهم وما كان فوق الفرسين فهو جنائب وقال سعيد أيضا حدثنا ابن عياش عن الاوزاعى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل وكان لايسهم للرجل فوق فرسين وأما ماذكره المصنف عن البراء بن أوس أنه قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم الالفرس واحد فغريب بل جاء عنه عكسه كما ذكرناه عن الواقدى رحمه الله وذكره ابن منده فى كتاب الصحابة قال روى محمد بن على بن قرين عن محمد بن عمر المدنى عن يعقوب بن محمد بن صعصعة عن عبد الله بن أبى صعصعة عن البراء بن أوس أنه قاد مع النبى صلى الله عليه وسلم فرسين فضرب له خمسة أسهم الاان هذه غرائب وقال مالك فى الموطا لم اسمع بالقسم الالفرس واحد واستمر المصنف على طريقة حمل الزائد على التنفيل قال (كما أعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل) حديثه فى مسلم قال قدمنا المدينة فساق الحديث بطوله الى أن قال فلما أصبحنا قال عليه الصلاة والسلام خير فرساننا اليوم أبو قتادة وخير رجالتنا سلمة بن الاكوع ثم أعطانى سهمين سهم الفارس وسهم الراجل فجمعهما لى جميعا ورواه ابن حبان قال وكان سلمة بن الاكوع فى تلك الغزاة راجلا فأعطاه من خمسه عليه الصلاة والسلام لامن سهمان المسلمين ورواه القاسم بن سلام وقال كان سلمة قد استنقذ لقاح النبى صلى الله عليه وسلم قال ابن مهدى فحدثت به سفيان فقال خاص بالنبى صلى الله عليه وسلم قال القاسم وهذا عندى أولى من حمله على أنه أعطاه من سهمه والامام يسهم نفلا بل هبة وخبر سلمة واللقاح مفصل فى السيرة (قوله والبراذين) وهى خيل العجم واحدها برذون (والعتاق) جمع عتيق أى كريم رائع وهى كرام الخيل العربية والبراذين والخيل العربية هما (سواء) فى القسم فلا يفضل أحدهما على الآخر وكذا لايفضل العتيق على الهجين وهو مايكون أبوه من البراذين وأمه عربية ولا على المقرف وهو مايكون أبوه عربيا وأمه برذونة قيل انما ذكر هذا لان من أهل الشام من يقول لايسهم للبراذين وروا فيه حديثا شاذا وحجتنا فيه ماذكر فى الكتاب من أن اطلاق الخيل يشملهما وكذا الارهاب ولان فى كل خصوصية ليست فى الآخر فالعتيق ان فضل بجودة الكر والفر فالبرذون يفضل بزيادة قوته على الحمل والصبر ولين العطف وكونه ألين عطفا من العربى غير صحيح لان هذا أمر التعليم والعربى أقبل للادب من العجمى من الخيل وكون أحد يقول لايسهم بالكلية للفرس العجمى بعيد ويمكن أن يكون ذكره لمانقل عن عمر أنه فضل أصحاب الخيل العربية على المقارف وفى سيرة ابن هشام حدثنى أبو عبيدة قال كتب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى سلمان ابن ربيعة الباهلى وهو بأرمينية يأمره أن يفضل أصحاب الخيل العراب على أصحاب الخيل المقارف فى العطاء فعرض الخيل فمر به فرس عمرو بن معدى كرب فقال له سلمان فرسك هذا مقرف فغضب عمرو وقال هجين عرف هجينا مثله فوثب اليه قيس يعنى ابن مكشوح فتوعده فقال عمرو

اوعدنى كأنك ذورعين * بأفضل عيشة أوذونواس
وكائن كان قبلك من نعيم * وملك ثابت فى الناس راسى
قديم عهده من عهد عاد * عظيم قاهر الجبروت قاسى
فأمسى أهله بادوا وأمسى * يحول من أناس فى أناس

وقوله (ومارواه محمول على التنفيل الخ) استظهار فى تقوية الدليل لأن مارواه لماسقط بالمعارضة لايحتاج الى جواب عنه أوتأويل له (والبراذين والعتاق سواء) البراذين جمع برذون وهو فرس العجم والعتاق الكرائم يقال عتاق الخيل والطير لكرائمهما والعراب خلاف فرس العجم والهجين مايكون أبوه من الكوادن وأمه عربية والكودن البرذون ويشبه به البليد والمقرف عكس الهجين وانما تصدى لذكر التسوية بين البرذون والعتاق لان أهل الشام يقولون لايسهم للبراذين ورووا فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا وحجتنا ماذكر فى الكتاب وهو واضح وقوله (ألين عطفا) بفتح العين وكسرها فمعنى الفتح الامالة ومعنى الكسر الجانب

(قوله والمقرف عكس الهجين الخ) أقول فى الصحاح والقاموس الاقراف من قبل الفحل والهجنة من قبيل الام فما فى الشرح مخالف لمافيهما

قال (ومن دخل دار الحرب فارسا) هذا البيان وقت اقامة السبب الظاهر مقام ما يوجب زيادة السهم وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا وقوله (وهكذا) أى كقول الشافعى رضى الله عنه (روى ابن المبارك عن أبى حنيفة رضى الله عنه فى الفصل الثانى) يعنى ما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا وفى ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان (والحاصل أن المعتبر عندنا فى وقت اقامة السبب مقام ذلك حالة المجاوزة) أى مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها لكن المراد بالدرب ههنا هو البرزخ الحاجز بين الدارين دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوزت الدرب دخلت فى حد دار الحرب ولو جاوز أهل دار الحرب الدرب دخلوا فى حد دار الاسلام (وعنده حال انقضاء الحرب) أى تمامها وهذه رواية عنه والظاهر من مذهبه انه يعتبر بمجرد شهود الوقعة ودليله يدل على ذلك وكأن المصنف أشار بقوله حال انقضاء الحرب الى احدى الروايتين عنه وبالدليل الى الاخرى لان قوله (يعتبر حال الشخص عنده) أى عند القتال اشارة الى حال شهود الوقعة لا الى حال انقضائها وقوله (والمجاوزة وسيلة) رد لمذهبنا وقوله (كالخروج من البيت) يعنى للقتال فانه وسيلة الى السبب ولا معتبر به فى اعتبار حال الغازى من كونه راجلا أو فارسا وكذلك فى هذه الوسيلة وقوله (وتعليق الاحكام) جواب عما استذكر فى تعليلنا أن الوقوف على حقيقة القتال متعسر وبيانه ان الاحكام تعلقت بوجود القتال حقيقة كاعطاء الرضخ للصبى اذا قاتل وكذلك المرأة والعبد والذمى ولو كان ذلك متعسرا لما ترتب عليه الاحكام ولئن سلمنا عسره لكن يجب تعلق حكم كونه راجلا أو فارسا بحالة هى أقرب الى القتال وهى شهود الوقعة لا بمجاوزة الدرب (ولنا أن المجاوزة نفسها قتال) لان القتال اسم لفعل يقع به العدو خوف ومجاوزة الدرب قهرا وشوكة تحصل لهم الخوف فكان قتالا واذا وجد أصل القتال فارسا لم يتغير حكمه بتغير احوالهم بعد ذلك لان ذلك (حالة دوام القتال ولا معتبر بها) لانه لا يمكن تعليق الحكم بدوام القتال لان الفارس لا يمكنه أن يقاتل فارسا دائما لانه لا بد له من أن ينزل فى بعض المضايق خصوصا فى المشجرة أو فى الحصن أو فى البحر وقوله (ولان الوقوف على حقيقة القتال) واضح على ما ذكرنا

(ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل) وجواب الشافعى على عكسه فى الفصلين وهكذا روى ابن المبارك عن أبى حنيفة فى الفصل الثانى أنه يستحق سهم الفرسان والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حالة انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر أو تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه أقرب الى القتال ولنا أن المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضى اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص بحالة المجاوزة فارسا كان أو راجلا

(قوله ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه) أى هلك فقاتل راجلا (استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى) فى دار الحرب (فرسا) فقاتل فارسا عليه (استحق سهم راجل وجواب الشافعى على عكسه) فى الفصلين (وهكذا روى ابن المبارك فى الفصل الثانى عن أبى حنيفة) أى فيما اذا دخل راجلا فاشترى فرسا فقاتل عليه أن له سهم فارس وظاهر المذهب الاول (والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة) أى مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب (وعنده حال الحرب له أن السبب) فى استحقاق الغنيمة اذا وجدت (هو قتاله فيعتبر حال الشخص) المستحق (عنده) دون المجاوزة لانها انما هى (وسيلة الى السبب) أى العلة الحقيقية (كالخروج من البيت) لقصد القتال فى دار الحرب فانه وسيلة الى السبب وحالة الغازى عند ذلك بالاتفاق لا تعتبر فكذا عند المجاوزة والدليل على أن المعتبر حال القتال تعلق الاحكام به الراجعة الى استحقاق الغنيمة اتفاقا فيما اذا قاتل الصبى أو العبد أو غيرهما فانهم يستحقون الرضخ فظهر اعتباره شرعا فى حق استحقاق الغنيمة وانه غير متعذر (ولو تعذر أو تعسر فبشهود الوقعة لانه أقرب الى القتال) من المجاوزة (ولنا أن المجاوزة نفسها من القتال لانهم يلحقهم الخوف بها) والاغاظة (والحال بعدها حال بقاء القتال) الا أنه تنوع القتال الى المجاوزة الى دارهم وسلوكها قهرا بالمنعة لاهلاكهم والى حقيقة المسايفة (ولا معتبر بحال الدوام ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال) شغل شاغل لكل أحد فيتعذر على الامام استعلامه بنفسه أو بشهادة العدل به لكل فرد فسقط اعتباره بخلافه فى حق أفراد قليلة من الناس كقتال الصبى والعبد فادير فى حقهم عليه دون سائر الناس فيقام فى حق الكل السبب المفضى الى

قال المصنف (ولنا أن المجاوزة نفسها قتال) أقول لم يجب عن قول الشافعى وتعليق الاحكام الخ اذ هو أيضا لم يقل بموجبه حيث لم يعتبر نفس القتال فى استحقاق الغنيمة فليتأمل

ولودخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالانفاق ولودخل فارسا ثم باع فرسه أووهب أوآجر أورهن ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة القتال عند البعض والاصح أنه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته (ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيأ من الغنيمة يعني انه لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من أهل العبادة والصبي والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا أنه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال

القتال ظاهرا مقامه فيكون هو المعتبر في حق العامة وأما ما قيل في التعذر بأن الشهادة من أهل العسكر لا تقبل للتهمة فليس بصحيح بل يجب قبولها لان الشاهد على أن هذا قاتل فارسا لا يجر بذلك نفعا لنفسه بل ضررا فانه ينقص سهم نفسه فهو يلزم نفسه أولا الضرر وشركته في أصل المغنم ليست متوقفة على شهادته هذه ألا ترى الى ما في الحديث من قول أبي قتادة من يشهد لي حيث جعل عليه الصلاة والسلام السلب للقاتل في حنين فشهد له واحد فأعطاه اياه وقال عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة ولا بينة الا أهل العسكر من المقاتلة خصوصا في غزواته عليه الصلاة والسلام (ولودخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان) أو لمشجرة أو لانه في سفينة دخل فيها بفرسه ليقاتل عليها اذا خلص الى برهم فلاقوهم قبله واقتتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان (ولودخل فارسا ثم باع فرسه أووهبه) وسلمه (أوآجره اورهنه ففي رواية الحسن يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر المذهب لا يستحقه لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يقصد بالمجاوزة) بالفرس (القتال) عليه بل التجارة به وسبب استحقاق سهم الفارس هو المجاوزة على قصد القتال عليه لا مطلق المجاوزة (ولو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس) بالاتفاق (وكذا اذا باعه حالة القتال) لا يسقط (عند البعض) قال المصنف (الاصح انه يسقط) لانه ظهر أن قصده التجارة وانما انتظر حالة العزة وعورض بأن تلك الحالة حالة المخاطرة بالنفس فلم يكن البيع دليلا على قصد التجارة لان تلك الحالة حالة طلب النفس التحصن فبيعه فيها دليل انه عن له غرض الآن فيه إما لانه وجده غير موافق له فرعا يقتله لعدم أدبه أو غير ذلك ولان العادة ليس هو البيع وغيره من العقود حالة القتال ليكون بيعه اذ ذاك انتظار الحالة الرغبات في الشراء وفي المحيط لو جاوز بفرس لا يستطيع القتال عليه لكبره أو ضعفه أو هزاله لا يستحق سهم الفرسان وان كان الفرس مريضا فعلى التفصيل المذكور فيه ولو جاوز على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر ثم استرده المالك فشهد الوقعة راجلا ففيه روايتان في رواية له سهم فارس وفي رواية سهم راجل ومقتضى كونه جاوز بفرس لقصد القتال عليه ترجح الاولى الا أن يراد في أجزاء السبب بفرس مملوك وهو ممنوع فانه لو لم يسترده المعير وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا (قوله ولا يسهم لمملوك ولا لامرأة ولا لصبي ولا لذمي ولكن يرضخ لهم) أي يعطون قليلا من كثير فان الرضخة هي الاعطاء كذلك والكثير السهم فالرضخ لا يبلغ السهم ولكن دونه (على حسب ما يرى الامام) وسواء قاتل العبد باذن سيده أو بغير اذنه (والمكاتب كالعبد) لما ذكر في الكتاب وقد استدل المصنف

قوله (وتوهم عجزه) يحتمل أن يعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة فيعود الى الرق وحينئذ كان للمولى ولاية المنع فيمنع في الحال لوجود التوهم

بان

ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوى الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمى انما يرضخ له اذا قاتل أو دل على الطريق ولم يقاتل لأن فيه منفعة للمسلمين الا أنه يزاد على السهم فى الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم فى حكم الجهاد

بأن النبى صلى الله عليه وسلم كان لا يسهم الخ أخرج مسلم كتب نجدة بن عامر الحرورى الى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل يقسم لهما فكتب اليه أن ليس لهما شئ الا أن يحذيا وفى أبى داود عن يزيد بن هرمز كتب نجدة الحرورى الى ابن عباس يسأله عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أنا كتبت كتاب ابن عباس رضى الله عنهما الى نجدة قد كن يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما أن يضرب لهن بسهم فلا وقد كان يرضخ لهن وأخرج أبو داود والترمذى وصححه عن عمير مولى أبى اللحم قال شهدت خيبر مع ساداتى الى أن قال فاخبر أنى مملوك فأمر لى بشئ وأما ما فى أبى داود والنسائى عن جدة حشرج بن زياد أم أبيه انها خرجت فى غزوة خيبر سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث الينا فجئنا فرأينا فى وجهه الغضب فقال مع من خرجتن وباذن من خرجتن فقلن يا رسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين فى سبيل الله ومعنا دواء للجرحى ونناول السهام ونسقى السويق فقال قمن حتى اذا فتح الله عليه خيبر أسهم لنا كما أسهم للرجال وبه قال الاوزاعى وقال الخطابى اسناده ضعيف لا تقوم به حجة وذكر غيره أنه لجهالة رافع وحشرج من رواته وقال الطحاوى يحتمل انه عليه الصلاة والسلام استطاب انفس أهل الغنيمة وقال غيره يشبه أنه انما أعطاهن من الخمس الذى هو حقه هذا ويمكن ان يكون التشبيه فى أصل العطاء وأرادت بالسهم ما خصصن به والمعنى خصنا بشئ كما فعل بالرجال وانما لم يبلغ بهؤلاء الرجالة منهم سهم الرجالة ولا بالفارس سهم الفرسان لانهم أتباع أصول فى التبعية حيث لم يفرض على أحد منهم فى غير النفير العام فى غير الصبى ويزيد الذمى بأنه ليس أهلا له لكون الجهاد عبادة وليس هو من أهلها ومن الامور الاستحسانية اظهار التفاوت بين المفروض عليهم وغيرهم والتبع والاصل بخلاف السوقى فى العسكر والمستأجر لخدمة الغازى اذا قاتلا حيث يستحقان سهما كاملا وتسقط حصته زمن القتال من أجرة الاجير لانهما من أهل فرضه فلم يكونا تبعا فى حق الحكم بل فى السفر ونحوه ثم الرضخ عندنا من الغنيمة قبل اخراج الخمس وهو قول الشافعى رحمه الله وأحمد وفى قول له وهو رواية عن أحمد من أربعة الأخماس وفى قول للشافعى رحمه الله من خمس الخمس وقال مالك رحمه الله من الخمس (ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل) وكذا الصبى والذمى لانهم يقدرون على القتال اذا فرض الصبى قادرا عليه فلا يقام غير القتال فى حقهم مقامه بخلاف المرأة فانها تعطى بالقتال وبالخدمة لاهل العسكر ان لم تقاتل لانها عاجزة عنه فأقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة أمانها لثبوت شبهة القتال منها والامان يثبت بالشبهة احتياطا فيه ولا يرد اعطاء الذمى اذا لم يقاتل بل دل على الطريق لأن ذلك ليس رضخا بل بمقام الاجرة ولهذا يزاد على السهم اذا كان عمله ذلك تزيد قيمته عليه بخلاف ما اذا قاتل لانه عمل الجهاد ولا يسوى فى عمل الجهاد بين من يصح منه ويؤجر عليه ومن لا يقبله الله منه ولا يصح له فلذلك (لا يبلغ به السهم) كما ذكره المصنف قالوا والسهم مرفوع البتة لانه المفعول بلا واسطة حرف فيكون هو النائب عن الفاعل وهذا على قول الاكثر وأما من يجيز اقامة الظرف والمجرور مع وجود المفعول فيجيز نصبه ويكون النائب لفظ به وهل يستعان بالكافر عندنا اذا دعت الحاجة جاز وهو قول الشافعى رحمه الله وابن المنذر وجماعة لا يجوزون ذلك لما فى مسلم وغيره عن عائشة رضى الله عنها انه عليه الصلاة والسلام خرج الى بدر فلحقه رجل من المشركين يذكر منه جرأة ونجدة فقال له عليه الصلاة والسلام تؤمن بالله ورسوله قال

(قوله لانها عاجزة عن حقيقة القتال) ظاهر واعترض عليه بانها لو كانت عاجزة عنها لما صح أمانها لانه انما يصح ممن يخاف منه القتال لقدرته على القتال وأجيب بان الامان صحته لا تتوقف على القدرة على حقيقة القتال بل تثبت بشبهة القتال لانه مما يثبت بالشبهات وهى ليست بعاجزة عن شبهة القتال بمالها وعبيدها وأما السهم من الغنيمة فانما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهى عاجزة عنها (ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد) فلا يبلغ بسهمه سهم المجاهدين (والاول ليس من عمله) أى الدلالة ليست من عمل الجهاد فكانت عملا كسائر الاعمال فيبلغ اجره بالغا ما بلغ

(وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى أغنيائهم) وقال الشافعي لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم و يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين و يكون لبنى هاشم و بنى المطلب دون غيرهم

لا قال ارجع فلن نستعين بمشرك الحديث الى أن قال له فى المرة الثالثة نعم قال انطلق وعن حبيب ابن اساف قال أتيت أنا ورجل من قومى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوا فقلت يا رسول الله انا نستحى ان يشهد قومنا مشهدا لا نشهده معهم فقال أتسلمان فقلنا لا فقال انا لا نستعين بالمشركين قال فأسلمنا وشهدنا معه قال فقتلت رجلا وضربنى ضربة وتزوجت بنته بعد ذلك فكانت تقول لا عدمت رجلا وشحك هذا الوشاح فأقول لا عدمت رجلا عجل أباك الى النار رواه الحاكم وصححه وقول المصنف ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود ولم يعطهم شيأ من الغنيمة يعنى لم يسهم لهم يفيد معارضة هذه الاحاديث والمذكور فى ذلك حديث أبى يوسف رحمه الله أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعان رسول الله صلى الله عليه وسلم بيهود قينقاع فرضخ لهم ولم يسهم لكن تفرد به ابن عمارة وهو مضعف وأسند الواقدى الى محيصة قال وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشرة من يهود المدينة غزا بهم أهل خيبر وأسهم لهم كسهمان المسلمين ويقال أحذاهم ولم يسهم لهم وأسند الترمذى الى الزهرى قال أسهم عليه الصلاة والسلام لقوم من اليهود قاتلوا معه وهو منقطع وفى سنده ضعف مع ان يحيى بن القطان كان لا يرى مراسيل الزهرى وقتادة شيأ و يقول هى بمنزلة الريح ولا شك أن هذه لا تقاوم أحاديث المنع فى القوة فكيف تعارضها وقال الشافعى رحمه الله رده صلى الله عليه وسلم المشرك والمشركين كان فى غزوة بدر ثم انه عليه الصلاة والسلام استعان فى غزوة خيبر بيهود من بنى قينقاع واستعان فى غزوة حنين سنة ثمان بصفوان بن أمية وهو مشرك فالرد ان كان لاجل انه مخير بين أن يستعين به وان يرده كما له رد المسلم لمعنى يخافه فليس واحد من الحديثين مخالفا للآخر وان كان لأجل أنه مشرك فقد نسخه ما بعده ولا بأس أن يستعان بالمشركين على قتال المشركين اذا خرجوا طوعا ويرضخ لهم ولا يسهم لهم ولا يكون لهم راية تخصهم ولم يثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أسهم لهم ولعل رده من رده فى غزوة بدر رجاء أن يسلم (قوله وأما الخمس) أى الذى تقدم أنه يخرجه أولا (فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون) على غيرهم لان غيرهم من الفقراء يتمكنون من أخذ الصدقات وذوو القربى لا تحل لهم هذا رأى الكرخى وسيأتى رأى الطحاوى أنه يدخل فقراء اليتامى من ذوى القربى فى سهم اليتامى المذكورين دون أغنيائهم واليتيم صغير لا أب له والمساكين منهم فى سهم المساكين وفقراء أبناء السبيل من ذوى القربى فى أبناء السبيل فان قيل فلا فائدة حينئذ فى ذكر اسم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقر والمسكنة لا باليتم أجيب بان فائدته دفع توهم أن اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيأ لان استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها ومثله ماذكر فى التأويلات للشيخ أبى منصور ولما كان فقراء ذوى القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة فى ذكرهم فى القرآن أجاب بان أفهام بعض الناس قد تفضى الى أن الفقير منهم لا يستحق لانه من قبيل الصدقة ولا تحل لهم وفى التحفة هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز كما فى الصدقات (وقال الشافعى لذوى القربى خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم) و بقول الشافعى قال أحمد وعند مالك الامر مفوض الى رأى الامام ان شاء قسم بينهم وان شاء أعطى بعضهم دون بعض وان شاء أعطى غيرهم ان كان أمر غيرهم أهم من أمرهم (و يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين و يكون لبنى هاشم و بنى المطلب دون غيرهم) من القرابات ونحن نوافقه على أن القرابة

قال (وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم) أى فى الاصناف الثلاثة ومعنى هذا الكلام ان أيتام ذوى القربى يدخلون فى سهم اليتامى و يقدمون عليهم ومساكين ذوى القربى يدخلون فى سهم المساكين وأبناء السبيل منهم يدخلون فى أبناء السبيل وسبب الاستحقاق فى هذه الاصناف الثلاثة الاحتياج غير أن سببه مختلف فى نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل ثم انهم مصارف لا مستحقون حتى انه لو صرف الى صنف واحد منهم جاز عندنا كما فى الصدقات (ولا يدفع الى أغنيائهم وقال الشافعى رضى الله عنه لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم و يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين و يكون لبنى هاشم و بنى المطلب دون غيرهم) من بنى عبد شمس و بنى نوفل

(لقوله تعالى ولذى القربى من غير فصل بين الغنى والفقير) فيشتركان (ولنا ان الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم قسموا الخمس على ثلاثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة) ولم يخالفهم أحد فكان اجماعا وقوله (وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم) دليل على انه لم يصرف الى أغنيائهم شئ لأنه قال (يابنى هاشم ان الله كره لكم غسالة أيدى الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت فى حق من يثبت فى حقه المعوض وهم الفقراء) يعنى ان المعوض وهو الزكاة لا يجوز دفعها الى الاغنياء فكذلك يجب أن يكون عوض الزكاة وهو خمس الغنائم لا يدفع اليهم لان العوض انما يثبت فى حق من فات عنه المعوض والا لا يكون عوضا لذلك المعوض فان قيل هذا الحديث إما ان يكون ثابتا صحيحا أولا فان كان الاول وجب أن يقسم الخمس على خمسة أسهم وأنتم تقسمونه على ثلاثة أسهم وهو مخالفة منكم للحديث الثابت الصحيح وان كان الثانى لا يصح الاستدلال به أجيب بأن لهذا الحديث دلالتين احداهما اثبات العوض فى المحل الذى فات عنه المعوض على ما ذكرنا والثانية جعله على خمسة أسهم ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمسة أسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين كما تقدم ولم يقم الدليل على تغيير العوض عمن فات عنه المعوض فقلنا به كما تمسك الخصم على تكرار الصلاة على الجنازة بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حمزة سبعين صلاة وهو لا يقول بالصلاة على الشهيد ولكن يقول للحديث دلالتان فاحداهما باقية وان انتفت الاخرى فان قيل لو كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته لما أعطاهم النبى عليه الصلاة والسلام وقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم أعطى بنى هاشم وبنى المطلب

لقوله تعالى ولذى القربى من غير فصل بين الغنى والفقير ولنا أن الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه الصلاة والسلام يامعشر بنى هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت فى حق من يثبت فى حقه المعوض وهم الفقراء

المراد هنا تخص بنى هاشم و بنى المطلب فالخلاف فى دخول الغنى من ذوى القربى وعدمه وقال المزنى والثورى يستوى فيه الذكر والانثى ويدفع للقاصى والدانى وهو ظاهر اطلاق النص (له اطلاق قوله تعالى ولذى القربى بلا فصل بين الغنى والفقير) ولان الحكم المعلق بوصف يوجب أن مبدأ الاشتقاق علته ولا تفصيل فيه بخلاف اليتامى فانهم يشترطون فيهم الفقر مع تحقق الاطلاق كقولنا وذلك لان اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان مقيدا معنى بها بخلاف ذوى القربى ثم لا تنتفى مناسبتها بالغنى لانه لا يبعد كون قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم توجب استحقاق هذه الكرامة (ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة) ثم إنه لم ينكر عليهم ذلك أحد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان اجماعا اذ لا يظن بهم خلاف رسول الله صلى الله عليه وسلم والكلام فى اثباته فروى أبو يوسف عن الكلبى عن أبى صالح عن ابن عباس رضى الله عنهما أن الخمس كان يقسم على عهده عليه الصلاة والسلام على خمسة أسهم لله والرسول سهم ولذى القربى سهم ولليتامى سهم وللمساكين سهم ولابن السبيل سهم ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلى رضى الله تعالى عنهم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل وروى الطحاوى عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدى عن عبد الله بن المبارك عن محمد بن إسحق قال سألت أبا جعفر يعنى محمد بن على فقلت أرأيت على بن أبى طالب رضى الله عنه حيث ولى العراق وما ولى من أمر الناس كيف صنع فى سهم ذوى القربى قال سلك به والله سبيل أبى بكر وعمر فقلت وكيف وأنتم تقولون ما تقولون قال أما والله ما كان أهله يصدرون الا عن رأيه قلت فما منعه قال كره والله أن يدعى عليه بخلاف سيرة أبى بكر وعمر انتهى وكون الخلفاء فعلوا ذلك لم يختلف فيه وبه تصح رواية أبى يوسف عن الكلبى فان الكلبى مضعف عند أهل الحديث الا أنه وافق الناس وانما الشافعى يقول لا اجماع بمخالفة أهل البيت وحين ثبت هذا حكمنا بانه انما فعله لظهور أنه الصواب لانه لم يكن يحل له أن يخالف اجتهاده اجتهادهما وقد علم أنه خالفهما فى أشياء لم توافق رأيه كبيع أمهات الاولاد وغير ذلك فحين وافقهما علمنا أنه رجع الى رأيهما ان كان ثبت عنه أنه كان يرى خلافه وبهذا يندفع ما استدل به الشافعى عن أبى جعفر محمد بن على قال كان رأى على فى الخمس رأى أهل بيته ولكن كره أن يخالف أبا بكر وعمر قال ولا اجماع بدون أهل البيت لانا نمنع أن فعله كان تقية من أن ينسب اليه خلافهما وكيف وفيه منع المستحقين من حقهم فى اعتقاده فلم يكن منعه الا لرجوعه وظهور الدليل له وكذا ما روى عن ابن عباس من أنه كان يرى ذلك محمول على أنه كان فى الاول كذلك ثم رجع ولئن لم يكن رجع فالأخذ بقول الراشدين مع اقترانه بعدم النكير من أحد أولى فان قيل لو صح ما ذكرتم لم يكن سهم مستحق لذوى القربى أصلا لان الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق وهو مخالف للكتاب ولفعله عليه الصلاة والسلام لانه أعطاهم بلا شبهة أجاب على قول الكرخى أن الدليل دال على أن السهم للفقير منهم لقوله عليه الصلاة والسلام يامعشر بنى هاشم الحديث وهو بهذا

والنبي عليه الصلاة والسلام أعطاهم للنصرة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام علل فقال إنهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه دل على أن المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة

اللفظ غريب وتقدم في الزكاة وأسند الطبراني في معجمه حدثنا معاذ بن المثنى حدثنا مسدد حدثنا معتمر ابن سليمان وساق السند الى ابن عباس قال بعث نوفل بن الحرث ابنيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما انطلقا الى عمكما لعله يستعين بكما على صدقات فأتيا النبي صلى الله عليه وسلم فأخبراه بحاجتهما فقال لهما لا يحل لأهل البيت من الصدقات شئ ولا غسالة الايدي ان لكم في خمس الخمس ما يغنيكم و يكفيكم ورواه ابن أبي حاتم في تفسيره حدثنا أبي حدثنا ابراهيم بن مهدي المصيصي حدثنا معتمر بن سليمان به بلفظ رغبت لكم عن غسالة أيدي الناس ان لكم من خمس الخمس ما يغنيكم وهو اسناد حسن ولفظ العوض انما وقع في عبارة بعض التابعين ثم في كون العوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض ممنوع ثم هذا يقتضي أن المراد بقوله تعالى ولذي القربى فقراء ذوي القربى فيقتضي اعتقاد استحقاق فقرائهم أو كونهم مصارف مستمرا و ينافيه اعتقاد حقية منع الخلفاء الراشدين اياهم مطلقا كما هو ظاهر ما روينا أنهم لم يعطوا ذوي القربى شيأ من غير استثناء فقرائهم وكذا ينافيه اعطاؤه عليه الصلاة والسلام الاغنياء منهم كما روي أنه أعطى العباس وكان له عشرون عبدا يتجرون وقول المصنف (والنبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة الخ) يدفع هذا السؤال الثاني لكن يوجب عليه المناقضة مع ما قبله لان الحاصل حينئذ أن القرابة المستحقة هي التي كانت نصرته وذلك لا يخص الفقير منهم ومن الاغنياء من تأخر بعده عليه الصلاة والسلام كالعباس فكان يجب على الخلفاء أن يعطوهم وهو خلاف ما نقلتم عنهم انهم لم يعطوهم بل حصروا القسمة في الثلاثة ويعكر ما سيروا به في تصحيح قول الكرخي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم سهما مع أنه لم يعرف اعطاء عمر بقيد الفقر ويأبى المروي في ذلك ما في أبي داود عن سعيد بن المسيب حدثنا جبير بن مطعم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخمس شيأ كما قسم لبني هاشم و بني المطلب قال وكان أبو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غير أنه لم يكن يعطي قربى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطيهم النبي صلى الله عليه وسلم وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه وأخرج أبو داود أيضا عن عبد الرحمن بن أبي ليلى سمعت عليا قال اجتمعت أنا والعباس وفاطمة و زيد بن حارثة عند النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان رأيت أن توليني حقنا من هذا الخمس في كتاب الله أقسمه حياتك كي لا ينازعني أحد بعدك فافعل قال ففعل ذلك فقسمته حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ولانيه أبو بكر حتى كان آخر سنة من سني عمر أتاه مال كثير فعزل حقنا ثم أرسل الي فقلت بنا العام غنى و بالمسلمين اليه حاجة فاردده عليهم فرده ثم لم يدعني اليه أحد بعد عمر فلقيت العباس بعد ما خرجت من عند عمر فقال يا علي حرمتنا الغداة شيأ لا يرد علينا وكان رجلا داهيا فهذا ليس فيه تقييد الاعطاء بفقر المعطى منهم وكيف والعباس كان ممن يعطى ولم يتصف بالفقر مع أن الحافظ المنذري ضعف هذا فقال وفي حديث جبير بن مطعم أن أبا بكر لم يقسم لذوي القربى وفي حديث علي أنه قسم لهم وحديث جبير صحيح وحديث علي لا يصح انتهى والذي يجب أن يعول عليه على اعتقاد أن الراشدين لم يعطوا ذوي القربى أن القربى بيان مصرف لا استحقاق على ما هو المذهب والا لم يجز لهم منعهم بعده عليه الصلاة والسلام وذلك أن ذوي القربى وان قيدت بالنصرة الموازرة في الجاهلية فانهم بقوا بعده عليه الصلاة والسلام فكان يجب أن يعطوهم فلما لم يعطوهم كان المراد بيان أنهم مصارف أي أن كلا من المذكورين مصرف حتى جاز الاقتصار على صنف واحد كأن يعطى تمام الخمس لابناء السبيل او ان يعطى تمامه لليتامى كما ذكرنا من التحفة فجاز للراشدين أن يصرفوه الى غيرهم خصوصا وقد رأوهم

أجاب بقوله (والنبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه) وقصته ما روي عن جبير بن مطعم أنه قال لما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى بين بني هاشم و بني المطلب وترك بني نوفل و بني عبد شمس فانطلقت أنا وعثمان بن عفان حتى أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله به فيهم فما بال اخواننا بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلاة والسلام أنا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شئ واحد وشبك بين أصابعه وأشار الى نصرتهم واذا كان كذلك (دل على أن المراد بالنص) أعني قوله ولذي القربى (قرب النصرة لا قرب القرابة) والمراد بالنصرة نصرة الاجتماع في الشعب لا نصرة القتال يشير اليه قوله لا نفترق في جاهلية ولا اسلام ولهذا يصرف للنساء والذراري واذا ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة لا للقرابة وقد انتهت النصرة انتهى الاعطاء لان الحكم ينتهى بانتهاء علته

قال (فأما ذكر الله تعالى فى الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبى عليه الصلاة والسلام سقط بموته كما سقط الصفى) لانه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالته

أغنياء متمولين اذ ذاك ورأوا صرفه الى غيرهم أنفع ونقول مع ذلك إن الفقير منهم مصرف ينبغى أن يقدم على الفقراء كما قدمناه ويدفع قول الطحاوى أنهم يحرمون لان فيه معنى الصدقة بمنع كون الخمس كذلك بل هو مال الله لان الجهاد حقه أضافه اليهم لاحق لنا الزمنا أداؤه طاعة له ليصير وسخا ويدل على بطلانه أنه عليه الصلاة والسلام صرفه لهم فى حياته فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل لكن يشكل على هذا أن مقتضاه كون الغنى من ذوى القربى مصرفا غير أن الخلفاء لم يعطوهم اختيارا منهم لغيرهم فى الصرف والمذهب خلافه لانه لو كان الغنى مصرفا صح الصرف اليه وأجزأ لان المصرف من بحيث اذا صرف اليه سقط الواجب به وليس غنى ذوى القربى عندهم كذلك هذا وأما انه يكون لبنى هاشم و بنى المطلب دون غيرهم لان كونهم مصارف كان للنصرة فلما فى أبى داود وغيره بسنده الى سعيد بن المسيب قال أخبرنى جبير بن مطعم قال فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى فى بنى هاشم و بنى المطلب وترك بنى نوفل و بنى عبد شمس فانطلقت أنا وعثمان بن عفان رضى الله عنه حتى أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذى وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بنى المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلاة والسلام انا وبنو المطلب لا نفترق فى جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شئ واحد وشبك بين أصابعه أشار بهذا الى نصرتهم اياه نصرة المؤانسة والموافقة فى الجاهلية فانه ليس اذ ذاك نصر قتال فهو يشير الى دخولهم معه فى الشعب حين تعاقدت قريش على هجران بنى هاشم وأن لا يبايعوهم ولا يناكحوهم والقصة فى السيرة شهيرة وعن هذا استحقت ذراريهم مع أنهم لا يتأتى منهم قتال وشرح قوله قرابتنا واحدة أنه عليه الصلاة والسلام محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وهذا الجد أعنى عبد مناف له أولاد هاشم الذى من ذريته النبى صلى الله عليه وسلم والمطلب ونوفل وعبد شمس فكان قرابة كل من نوفل و بنى عبد شمس والمطلب منه عليه الصلاة والسلام واحدة فمقتضى استحقاق ذوى القربى أن يستحق الكل على قول الشافعى أو يكون فقراء الكل مصارف على قولنا فبين عليه الصلاة والسلام أن المراد القرابة التى تحقق منها تلك النصرة السابقة ومنع الراشدين لهم ليس بناء على علمهم بعدم الاستحقاق بل انهم مصارف ورأوا غيرهم أولى منهم على ما ذكرنا (قوله فأما ذكر الله تعالى الخ) لما فرغ من بيان ذوى القربى شرع يبين حال سهم الله وسهم الرسول فذكر أن سهمه وسهم رسوله واحد فانه ليس المراد من قوله تعالى فأن لله خمسه وللرسول ولكذا وكذا ان له سبحانه سهما كما لكل من الاصناف سهم بل ذكر الله تعالى فى افتتاح الكلام ليتبرك به بذكر اسمه تعالى فان لله ما فى السموات وما فى الارض فسهم الله تعالى ورسوله واحد وقال أبو العالية سهم الله ثابت يصرف الى بناء بيته الكعبة ان كانت قريبة والا فالى مسجد كل بلدة ثبت فيها الخمس ودفعه بأن السلف فسروه بما ذكرنا فان هذا التفسير روى عن ابن عباس رضى الله عنه رواه الطبرانى فى تفسيره عن أبى كريب حدثنا أحمد بن يونس حدثنا ابن شهاب عن ورقاء عن نهشل عن الضحاك عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قرأ واعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه ثم قال فأن لله خمسه مفتاح الكلام لله ما فى السموات وما فى الارض وكذا روى الحاكم عن الحسن بن محمد بن على بن الحنفية فيه قال هذا مفتاح كلام الله الدنيا والآخرة وفى غير حديث عن ابن عباس رضى الله عنهما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فصرف ذلك الخمس فى خمسة فعلى قول هذا القائل تكون فى ستة (قوله وسهم النبى صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفى لانه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالته

قال (فأما ذكر الله تعالى فى الخمس) لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم ذوى القربى بين وجه سقوط ما سوى الثلاثة المذكورة فى النص فقال فأما ذكر الله تعالى فى الخمس يعنى قوله تعالى فأن لله خمسه (فانه لافتتاح الكلام تبركا بذكره وسهم النبى صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفى) بالاجماع (لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته) لان الحكم متى ترتب على المشتق فيكون المشتق منه علة

(ولارسول بعده والصفى شئ كان يصطفيه لنفسه صلى الله عليه وسلم مثل درع أوسيف أوجاريه) اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر واصطفى صفية من غنائم خيبر (وقال الشافعى رضى الله عنه يصرف سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الخليفة والحجة عليه ماقدمناه) انه كان يستحقه برسالته (وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم بالنصرة لماروينا) أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة لايقال قوله وسهم ذوى القربى وقع مكررا حكما وتعليلا لانا نقول ماذكره أولا كان فى حيز الاستدلال على القسمة على ثلاثة أسهم وهذا نقل لكلام صاحب القدورى قال أى القدورى (وبعده) أى بعد زمنه عليه الصلاة والسلام (بالفقر) قال المصنف (وهذا) أى استحقاقهم بالفقر (قول الكرخى وقال الطحاوى سهم الفقير منهم ساقط أيضا لماروينا من الاجماع) يعنى قوله ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضى الله عنهم قسموه على ثلاثة ولايظن بهم أنه خفى عليهم النص أومنعوا حق ذوى القربى فكان اجماعهم دالا على انه لم يبق استحقاق لاغنيائهم وفقرائهم ومنع الشافعى رضى الله عنه الاجماع وسنده ماروى عن أبى جعفر محمد بن على رضى الله عنهم قال كان رأى على فى الخمس رأى أهل بيته ولكن كره أن يخالف أبابكر وعمر رضى الله عنهما والاجماع بدون أهل البيت لاينعقد وقلنا لايحل للمجتهد أن يترك رأى نفسه برأى مجتهد آخر احتشاما له فان ثبت ماروى دل انه كره المخالفة لانه رأى الحجة معهما فقد خالفهما فى كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده (قوله ولان فيه) أى فى سهم ذوى القربى (معنى الصدقة) لان الهاشمى الذى يصرف اليه فقير اذ لولم يكن فقيرا لايجوز صرفه اليه بعد النبى صلى الله عليه وسلم باتفاق الروايات عن أصحابنا فلما كان فيه معنى الصدقة حرم ذوو القربى اياه كما حرم الهاشمى العامل على الصدقة العمالة وهو مايعطى على عمله وقدمر فى باب الزكاة وهذا الدليل ان كان بالنسبة الى أصحابنا فهو تام وان كان بالنسبة الى الشافعى رضى الله عنه فليس بذاك لان كون المصرف فقيرا ليس الا فى حيز النزاع عنده فانه يسوى بين الغنى والفقير (وجه الاول) يعنى قول الكرخى (وقيل هو الاصح ماروى ان عمر رضى الله عنه أعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء) يعنى إجماع الخلفاء الاربعة الراشدين كامر (أما فقراؤهم فيدخلون فى الاصناف الثلاثة) كما تقدم فى أول البحث وكرر هذه الزيادة للايضاح وانما قال وقيل هو الاصح لان صاحب المبسوط اختار قول أبى بكر الرازى ان الفقراء لم يكونوا مستحقين وانما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف اليهم مجازاة على النصرة التى كانت منهم ولم يبق ذلك بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مختار القدورى كما أشار اليه قوله وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم بالنصرة

ولارسول بعده والصفى شئ كان عليه الصلاة والسلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أوسيف أوجارية وقال الشافعى يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ماقدمناه (وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم بالنصرة) لماروينا قال (وبعده بالفقر) قال العبد الضعيف عصمه الله هذا الذى ذكره قول الكرخى وقال الطحاوى سهم الفقير منهم ساقط أيضا لماروينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ماروى ان عمر رضى الله عنه أعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء أما فقراؤهم فيدخلون فى الاصناف الثلاثة

ولارسول بعده والصفى شئ كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أوسيف أوجارية) قبل القسمة واخراج الخمس كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين أتى به على رضى الله عنه بعد أن قتل منبها ثم دفعه اليه وكما اصطفى صفية بنت حيى بن أخطب من غنيمة خيبر رواه أبوداود فى سننه عن عائشة والحاكم وصححه (وقال الشافعى رحمه الله يصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم الى الخليفة) لانه انما كان يستحقه بامامته لابرسالته قال المصنف (والحجة عليه ماقدمناه) أى من أن الخلفاء الراشدين انما قسموا الخمس على ثلاثة فلو كان كماذكر لقسموه على أربعة ورفعوا سهمه لانفسهم ولم ينقل ذلك عن أحد وأيضا فهو حكم على مشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة وأما قول المصنف وسهم ذوى القربى الخ فقد تقدم مايغنى فيه وقوله (كانوا يستحقونه فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم بالنصرة لماروينا) يعنى ماتقدم من حديث جبير بن مطعم (وبعده بالفقر) لايخفى ضعفه فان قوله تعالى ولذى القربى إما أن يراد به القربى المختصة بتلك المرافقة فى الضيق والمؤانسة فيه فتكون المصارف مطلقا فى الحياة وبعد الممات وإما الفقراء منهم فهم المصارف كذلك أى فى حياته وبعد مماته فليس الوجه فيه الا ماقدمنا من أنه أريد أن القرابة الناصرة مصارف كغيرهم غير انه عليه الصلاة والسلام أعطاهم اختيار الاحد الجائزين له لا أن الصرف اليهم كان واجبا عليه كما أنه يجوز أن يقتصر على مصرف دون مصرف ثم رأى الخلفاء الراشدون الصرف الى غيرهم وأما فقراؤهم فالاولى ان يعطوا لما قدمناه وما هو الحق فى التقرير وانما قال (وقيل هو الصحيح) أى قول الكرخى لان من المشايخ كشمس الائمة من يرجح قول الطحاوى عليه غير أن توجيهه بأن عمر رضى الله عنه أعطى الفقراء منهم فيه ماتقدم وقوله (والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء) يريد اجماع الخلفاء الراشدين والا فهو محل النزاع الى

(واذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فأخذوا شيأ لم يخمس) لان الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد أو الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور أنه يخمس لانه لما أذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة (فان دخلت جماعة لها منعة فأخذوا شيأ خمس وان لم يأذن لهم الامام) لانه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولأنه يجب على الامام أن ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

﴿فصل﴾ في التنفيل قال (ولا بأس بان ينفل الامام في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس) معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض

اليوم من العلماء (قوله واذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين الخ) جمعه نظرا الى قوله فأخذوا ولا يخفى أن الكلام أيضا في قوله فأخذوا ويمكن كونه تنبيها على ان الثلاثة أيضا مرادأى اذا دخل واحد أو اثنان أو ثلاثة بغير اذن الامام (فأخذوا شيأ لم يخمس) وقد صرح بأن الثلاثة كالواحد وأما الاربعة فيخمس وفي المحيط عن أبي يوسف انه قدر الجماعة التي لا منعة لها بسبعة والتي لها منعة بعشرة ومذهب الشافعي ومالك وأكثر أهل العلم انه يخمس ما أخذ الواحد تلصصا لانه مال حربي أخذ قهرا فكان غنيمة فيخمس بالنص ونحن وأحمد رحمه الله في رواية عنه نمنع انه يسمى غنيمة بل الغنيمة ما أخذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة اذ المتلصص انما يأخذ بحيلة فكان هذا اكتسابا مباحا من المباحات كالاحتطاب والاصطياد ومحل الخمس ما هو الغنيمة بالنص بخلاف ما قاسوا عليه من الواحد والاثنين اذا دخلا باذن الامام لان على الامام ان ينصرهم حيث أذن لهم كما عليه ان ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالاربعة أو العشرة اذا دخلوا بغير اذنه تحاميا عن توهين المسلمين والدين فلم يكونوا مع نصرة الامام متلصصين وكان المأخوذ قهرا غنيمة وخذله خذلانا اذا ترك نصره وأسلمه

﴿فصل في التنفيل﴾ نوع من القسمة فألحقه بها وقدم تلك القسمة لانها بضابط وهذا بلا ضابط لانه الى رأى الامام بأن ينفل قليلا وكثيرا ونحوهما والتنفيل اعطاء الامام الفارس فوق سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافلة للزائد على الفرض ويقال لولد الولد كذلك أيضا ويقال نفله تنفيلا ونفله بالتخفيف نفلا لغتان فصيحتان (قوله ولا بأس بأن ينفل الامام) أى يستحب ان ينفل نص عليه في المبسوط وسيذكر المصنف انه تحريض والتحريض مندوب اليه وبه يتأكد ما سلف بأن قول من قال لفظ لا بأس انما يقال لما تركه أولى ليس على عمومه واعلم أن التحريض واجب للنص المذكور لكنه لا ينحصر في التنفيل ليكون التنفيل واجبا بل يكون بغيره أيضا من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله تعالى فاذا كان التنفيل أحد خصال التحريض كان التنفيل واجبا مخيرا ثم اذا كان هو أدعى الخصال الى المقصود يكون اسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به أولى وهو المندوب فصار المندوب اختيار الاسقاط به دون غيره لا هو في نفسه بل هو واجب مخير وأما ما قيل في التنفيل ترجيح البعض وتوهين الآخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشيء والا حرم التنفيل لاستلزامه محرما وانما قيد بقوله حال القتال لان التنفيل انما يجوز عندنا قبل الاصابة سواء كان بسلب المقتول أو غيره ويشكل عليه قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فانما كان بعد فراغ الحرب في حنين (قوله فيقول من قتل قتيلا فله سلبه) أو من أصاب شيأ فهو له (أو يقول للسرية قد جعلت لكم) النصف أو (الربع بعد الخمس)

وقوله (واذا دخل الواحد أو الاثنان) ظاهر وقوله (والمشهور أنه يخمس) ظاهر ووجه الرواية الاخرى ان العدد اليسير انما يدخلون لاكتساب المال لا لاعزاز الدين فصار كتاجر لا يقدر على القهر والغلبة فان قلت قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء مطلق فيجب الخمس وجد الاذن أو لم يوجد أجيب بأن الغنيمة اسم لما هو المأخوذ قهرا وغلبة وما أخذه اللص سرقة وما أخذه الواحد والاثنان خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة وقوله (وان دخل جماعة لها منعة) المنعة السرية نقل الناطفي عن كتاب الخراج لابن شجاع كان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول اذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر في أرض الحرب للمسلمين لا يخمس ما أخذه حتى يصيروا تسعة فاذا بلغوا ذلك فهم سرية (قوله اذ لو خذلهم) أى ترك عونهم (كان فيه وهن المسلمين) أى ضعفهم

﴿فصل في التنفيل﴾ التنفيل نوع من التصرف في الغنائم ففصل عما قبله بفصل يقال نفل الامام الغازى أى أعطاه زائدا على سهمه بقوله من قتل قتيلا فله سلبه (قوله لا بأس بأن ينفل الامام) يدل على أن قول من قال كلمة لا بأس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس يجرى على عمومه فان التنفيل قبل احراز الغنيمة مستحب لانه تحريض والتحريض مندوب اليه بقوله تعالى يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال فان قيل الامر المطلق للوجوب فما الصارف عنه الى الاستحباب فالجواب انه يعارضه دليل قسمة الغنائم فانصرف الى الاستحباب (قوله من قتل قتيلا) تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه

﴿فصل في التنفيل﴾ قال المصنف (فيقول من قتل قتيلا الخ) أقول الفاء للتفسير

ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام أن ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه (ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام) لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز قال (الا من الخمس) لانه لا حق للغانمين في الخمس (واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء) وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه

أى بعد رفع الخمس أما لو قال للعسكر كل ما أخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية لم يجز لان فيه ابطال السهمان التي أوجبها الشرع اذ فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الثابت بالنص ذكره في السير الكبير وهذا بعينه يبطل ما ذكرناه من قوله من أصاب شيأ فهو له لاتحاد اللازم فيهما وهو بطلان السهمان المنصوصة بالسوية بل وزيادة حرمان من لم يصب شيأ أصلا بانتهائه فهو أولى بالبطلان والفرع المذكور من الحواشي وبه أيضا ينتفي ما ذكر من قوله انه لو نفل بجميع المأخوذ جاز اذا رأى المصلحة فيه وفيه زيادة ايحاش الباقين وزيادة الفتنة ولا ينفل بجميع المأخوذ لان فيه قطع حق الباقين ومع هذا لو فعل جاز اذا رأى المصلحة فيه ثم محل التنفيل الاربعة الاخماس قبل الاحراز بدار الاسلام وبعد الاحراز لا يصح الا من الخمس وبه قال أحمد وعند مالك والشافعي رحمهم الله لا يصح الا من الخمس لانه المفوض الى رأى الامام وما بقي للغانمين قلنا انما هي حقهم بعد الاصابة أما قبلها فهو مال الكفار وفيه نظر لان حقيقة التنفيل انما هو مما يصاب لا حال كونه مالهم فان حقيقته تعليق التمليك بالاصابة وعند الاصابة لم يبق مال الكفرة ثم حق الغانمين فيه ضعيف مادام في دار الحرب بخلافه بعده وعلى هذا لو كان القتال وقع في دار الاسلام بأن هجمها العدو ليس له أن ينفل الا من الخمس لانه بمجرد الاصابة صار محرزا بدار الاسلام (قوله لانه لا حق للغانمين في الخمس) أورد عليه أنه ان لم يكن حقا لهم فهو للاصناف الثلاثة فكما لا يجوز ابطال حق الغانمين كذا لا يجوز ابطال حق غيرهم أجيب انما يجوز باعتبار جعل المنفل له من أحد الاصناف الثلاثة وصرف الخمس الى واحد من الاصناف يكفي لما قدمنا أنهم مصارف ولهذا قال في الذخيرة لا ينبغي للامام أن يضعه في الغني ويجعل نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لا الاغنياء فجعله للاغنياء ابطال حقهم (قوله واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره سواء) وهو قول مالك (وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من أهل أن يسهم له) وبه قال أحمد الا انه قال اذا كان من أهل السهم أو الرضخ وشرط الشافعي الاول قولا واحدا وله فيمن يرضخ له قولان أحدهما كقول أحمد والثاني لا سلب له وشرطا أن يقتله مقبلا لا مدبرا وأن لا يرميهما الى صف المشركين فيصيب واحدا فيقتله لان ذلك ليس غناء كثيرا اذ كل أحد لا يعجز عنه واستدل عليه بما روى الجماعة الا النسائي من حديث أبي قتادة خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى حنين فساقه الى أن قال فقال عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال فقمت فقلت من يشهد لي ثم جلست ثم قال مثل ذلك في الثانية فقمت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا أبا قتادة فاقتصصت عليه القصة يعني قصة قتله القتيل فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فأرضه من حقه فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه لاها الله اذن لا يعمد الى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه قال عليه الصلاة والسلام صدق فأعطه اياه قال فأعطانيه وأخرج أبو داود في سننه عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين من قتل كافرا فله سلبه فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلا وأخذ أسلابهم ورواه ابن حبان والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولا خلاف في أنه عليه الصلاة والسلام قال ذلك وانما الكلام أن هذا منه

نصب

(قوله ثم قد يكون التنفيل بما ذكر) بعض التنفيل بالسلب (وقد يكون بغيره) نحو الذهب والفضة لان النبي صلى الله عليه وسلم نفل ابن مسعود يوم بدر بسيف أبي جهل وكان عليه فضة (ولا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل وان فعله مع السرية جاز) لما ذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر جميعا ما أصبتم فهو لكم نفلا بالسوية بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خص البعض بالتنفيل وكذلك اذا قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الذي أوجبه الله تعالى في الغنيمة وابطال حق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز وقوله (لانه لا حق للغانمين في الخمس) فيه نظر فانه ان لم يكن فيه ابطال حق الغانمين ففيه ابطال حق الاصناف الثلاثة وذلك لا يجوز وأجيب بأن جوازه باعتبار أن المنفل له جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فلم يكن ثمة ابطال حقهم اذ يجوز صرف الخمس على أحد الاصناف لما تقدم أنهم مصارف لا مستحقون لكن ينبغي أن يكون المنفل له الذي جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فقيرا لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنياء فجعله للغني ابطال حق المحتاجين وقوله (وقال الشافعي رضي الله عنه) ظاهر

والظاهر أنه نصب شرع لانه بعث له ولأن القاتل مقبلاً أكثر غناء فيختص بسلبه اظهاراً للتفاوت بينه وبين غيره ولنا أنه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه الصلاة والسلام لحبيب بن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رويناه

نصب الشرع على العموم فى الاوقات والاحوال أو كان تحريضاً بالتنفيل قاله فى تلك الوقعة وغيرها يخصهما فعندنا (هو نصب الشرع) لانه هو الاصل فى قوله (لانه انما بعث لذلك) وقلنا كونه تنفيلا هو أيضاً من نصب الشرع والدلالة على أنه على الخصوص واستدل المصنف على ذلك (بأنه عليه الصلاة والسلام قال لحبيب بن أبى سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس إمامك) فكان دليلا على أحد محتملى قوله ومن قتل قتيلا فله سلبه وهو أنه تنفيل فى تلك الغزاة لا نصاب عام للشرع وهو حسن لو صح الحديث أو حسن لكنه انما رواه الطبرانى فى معجمه الكبير والوسط بلغ حبيب بن مسلمة أن صاحب قبرص خرج يريد طريق أذربيجان ومعه زمرذ وياقوت ولؤلؤ وغيرها فخرج اليه فقتله فجاء بما معه فأراد أبو عبيدة أن يخمسه فقال له حبيب بن مسلمة لا تحرمنى رزقاً رزقنيه الله فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل فقال معاذ يا حبيب إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انما للمرء ما طابت به نفس امامه وهذا معلول بعمرو بن واقد ورواه اسحق بن راهويه حدثنا بقية بن الوليد حدثنى رجل عن مكحول عن جنادة بن أمية قال كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب بن مسلمة الفهرى الى أن قال فجاء بسلبه يحمله على خمسة أبغال من الديباج والياقوت والزبرجد فأراد حبيب أن يأخذه كله وأبو عبيدة يقول بعضه فقال حبيب لابى عبيدة قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه قال أبو عبيدة إنه لم يقل ذلك للأبد وسمع معاذ ذلك فأتى أبا عبيدة وحبيب يخاصمه فقال معاذ ألا تتقى الله وتأخذ ما طابت به نفس إمامك فانما لك ما طابت به نفس إمامك وحدثهم بذلك معاذ عن النبى صلى الله عليه وسلم فاجتمع رأيهم على ذلك فأعطوه بعد الخمس فباعه حبيب بألف دينار وفيه كما ترى مجهول ويخص المصنف أنه جعله خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبيب وليس كذلك وسماه حبيب بن أبى سلمة وصوابه حبيب بن مسلمة ولكن قد لا يضر ضعفه فانا انما نستأنس به لأحد محتملى لفظ روى عنه عليه الصلاة والسلام وقد يتأيد بما فى البخارى ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف فى مقتل أبى جهل يوم بدر فان فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال لمعاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء بعد ما رأى سيفيهما كلاكما قتله ثم قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وحده ولو كان مستحقاً للقاتل لقضى به لهما الا أن البيهقى دفعه بأن غنيمة بدر كانت للنبى صلى الله عليه وسلم بنص الكتاب يعطى منها من شاء وقد قسم لجماعة لم يحضروا ثم نزلت آية الغنيمة بعد بدر فقضى عليه الصلاة والسلام بالسلب للقاتل واستقر الامر على ذلك انتهى يعنى ما كان اذ ذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال وقد يدعى أنه قال فى بدر أيضاً على ما أخرجه ابن مردويه فى تفسيره من طريق فيه الكلبى عن أبى صالح عن ابن عباس وعن عطاء بن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عليه الصلاة والسلام يوم بدر من قتل قتيلا فله سلبه فجاء أبو اليسر بأسيرين فقال سعد بن عبادة أى رسول الله أما والله ما كان بنا جبن عن العدو ولا ضن بالحياة أن نصنع ما صنع اخواننا ولكنا رأيناك قد أفردت فكرهنا أن ندعك بضيعة قال فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يوزعوا تلك الغنائم بينهم فظهر أنه حيث قاله ليس نصب الشرع للابد وهو وان ضعف سنده فقد ثبت أنه قال يوم بدر من قتل قتيلا فله كذا وكذا فى أبى داود ولا شك أنه لم يقل بلفظ كذا وكذا انما هو كناية من الراوى عن خصوص ما قاله وقد علمنا أنه لم يكن عنى دراهم أو دنانير فان الحال بذلك غير معتاد ولا الحال يقتضى ذلك لقلتها أو عدمها فيغلب على الظن

وقوله (وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل) قيل وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون نصب الشرع اذا قال بالمدينة فى مسجده ولم ينقل عنه ذلك الا يوم بدر وحنين للحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال من أخذ أسيرا فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك فى السلب (فيحمل على الثانى) يعنى على التنفيل (لما روينا) من حديث حبيب بن أبى سلمة دفعا للتعارض

قال المصنف (فنحمله على الثانى الخ) أقول فيه بحث

وزيادة الغناء لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه (والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته أو على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب)

أن ذلك المكني عنه الراوي هو السلب وما أخذ لانه المعتاد أن يحصل في الحرب للقاتل وليس كل ما روى بطريق ضعيفة باطلا فيقع الظن بصحة جعله في بدر السلب للقاتل والمأخوذ للآخذ فيجب قبوله غاية الامر أنه تظافرت به أحاديث ضعيفة على ما يفيد أن المذكور من قوله من قتل قتيلا فله سلبه أنه ليس نصبا عاما مستمرا والضعيف اذا تعددت طرقه يرتقي الى الحسن فيغلب الظن أنه تنفيل في تلك الوقائع ومما يبين ذلك بقية حديث أبي داود فانه قال بعد قوله كذا وكذا فتقدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات فلما فتح الله عليهم قال المشيخة كنا ردأ لكم لو انهزمتم فئتم الينا فلا تذهبوا بالمغنم ونبقى فأبى الفتيان ذلك وقالوا جعله لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث فقوله جعله يبين أن كذا وكذا هو جعله السلب للقاتلين والمأخوذ للآخذين وحديث مسلم وأبي داود عن عوف بن مالك الاشجعي دليل ظاهر أنه كما قلنا قال خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مونة ورافقني مددي من أهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يفري بالمسلمين وقعد له المددي خلف صخرة فمر به الرومي فعرقب فرسه فخر فعلاه وقتله وحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله على المسلمين بعث اليه خالد بن الوليد فأخذ منه سلب الرومي قال عوف فأتيت خالدا فقلت له يا خالد أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكني استكثرته قلت لتردنه أو لأعرفنكما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى أن يعطيه قال عوف فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقصصت عليه قصة المددي وما فعل خالد فقال عليه الصلاة والسلام يا خالد رد عليه ما أخذت منه قال عوف فقلت دونك يا خالد ألم أف لك فقال صلى الله عليه وسلم وماذاك قال فأخبرته قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا خالد لا ترد عليه هل أنتم تاركو لي أمرائي لكم صفوة أمرهم وعليهم كدره ففيه أمران الاول رد قول من قال انه عليه الصلاة والسلام لم يقل من قتل قتيلا فله سلبه الا في حنين فان مونة كانت قبل حنين وقد اتفق عوف وخالد أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالسلب للقاتل قبل ذلك والآخر أنه منع خالدا من رده بعد ما أمر به فدل أن ذلك حيث قاله عليه الصلاة والسلام كان تنفيلا وأن أمره اياه بذلك كان تنفيلا طابت نفس الامام له به ولو كان شرعا لازما لم يمنعه من مستحقه وقول الخطابي انما منعه أن يرد على عوف سلبه زجرا لعوف لئلا يتجرأ الناس على الائمة وخالد كان مجتهدا فأمضاه عليه الصلاة والسلام واليسير من الضرر يحتمل للكثير من النفع غلط وذلك لان السلب لم يكن للذي تجرأ وهو عوف وانما كان للمددي ولا تزر وازرة وزر أخرى وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك كان أشد على عوف من منع السلب وأزجر له منه فالوجه أنه عليه الصلاة والسلام أحب أولا أن يمضي شفاعته للمددي في التنفيل فلما غضب منه رد شفاعته وذلك بمنع السلب لا انه لغضبه وسياسته يزجره بمنع حق آخر لم يقع منه جناية فهذا أيضا يدل على أنه ليس شرعا عاما لازما وقوله (وزيادة الغناء) جواب عن تخصيصه بكونه يقتله مقبلا فقال زيادة الغناء (في الجنس الواحد لا تعتبر) موجبة زيادة من المغنم لمن قامت به وقوله (كما ذكرناه) يعني ما قدمه في أول فصل كيفية القسمة من أنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة بل نفس الزيادة لانه يحتاج الى شاهد بأن اغناء هذا في هذا الحرب أكثر من هذا ولا يكفي زيادة شهرة هذا دون ذلك اذ لا بعد أن يتفق اغناء من غير المشهور في وقت أكثر من المشهور أو يشير الى قوله لان الكر والفر من جنس واحد (قوله والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وما على مركبه من السرج والآلة وما معه على الدابة من مال في حقيبته وما على وسطه) من

وقوله (وزيادة الغناء) جواب عن قوله لان القاتل مقبلا أكثر غناء (قوله كما ذكرنا) اشارة الى ما تقدم من قوله ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة أو من قوله لان الكر والفر من جنس واحد في فصل كيفية القسمة

قال المصنف (ومركبه) أقول بالرفع

ذهب

(قوله لما مر من قبل) اشارة الى ما ذكر فى باب الغنائم وقسمتها بقوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة فلما لم يثبت الاحراز بدار الاسلام لم تثبت الناقلة فلا يثبت الاستيلاء ولما لم يثبت الاستيلاء لم يثبت الملك وقوله (لان التنفيل يثبت به الملك عنده) دليله ان المدد لا يشاركونه فيها (كما يثبت بالقسمة فى دار الحرب) وهو ليس بمتفق عليه لان من أصحابنا من يقول قسمة الامام لا تعدم المانع من تمام القهر وهو كونهم مقهورين دارا وكأنه لم يعتبر ذلك الاختلاف لعدم شهرته وقوله (ووجوب الضمان) مرفوع على الابتداء وقوله (قد قيل على هذا الاختلاف) خبره وفى بعض النسخ وقد قيل بالواو فيكون معطوفا على قوله الملك أى يثبت الملك ووجوب الضمان للمنفل له على من أتلف من الغزاة سلبه الذى أصابه والاول أولى وانما ذكره دفعا لشبهة ترد على قول أبى حنيفة وأبى يوسف وبيان ذلك أن محمدا ذكر فى الزيادات أن المتلف لسلب من نفله الامام يضمن لان الحق متأكد ولم يذكر فيه الخلاف فورد الضمان شبهة عليهما لان الضمان دليل تمام الملك فينبغى أن يحل الوطء على مذهبهما أيضا بعد الاستبراء فقال فى دفع ذلك انه أيضا على الاختلاف عند محمد يضمن وعندهما لا يضمن والله أعلم

﴿باب استيلاء الكفار﴾

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار أعقبه بذكر عكسه لاشتماله على أحكام مختلفة فكان خليقا بتبويب باب له وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة أن يفتتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين والترك جمع التركى والروم جمع الرومى أى الرجال المنسوبون الى بلادهم والمراد به كفار الترك ونصارى الروم وكلامه واضح

وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فأما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من أصاب جارية فهى له فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد له أن يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة فى دار الحرب وبالشراء من الحربى ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف والله أعلم

﴿باب استيلاء الكفار﴾

(واذا غلب الترك على الروم

ذهب وفضة (وما) سوى ذلك مما (هو مع غلامه أو على دابة أخرى فليس منه) بل حق الكل والحقيبة الرفادة فى مؤخر القتب وكل شئ شددته فى مؤخرة رحلك أو قتبك فقد استحقبته وللشافعى فى المنطقة والطوق والسوار والخاتم وما فى وسطه من النفقة وحقيبته قولان أحدهما ليس من السلب وبه قال أحمد والآخر أنه من السلب وهو قولنا وعن أحمد فى برذونه روايتان (قوله ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين) فقط (وأما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل) أى فى باب الغنائم من قوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة الخ (حتى لو قال الامام من أصاب جارية فهى له) ومن أصاب شيأ فهو له (فأصابها مسلم فاستبرأها لا يحل له وطؤها) فى دار الحرب (وقال محمد له أن يطأها) وهو قول الائمة الثلاثة لانه اختص بملكها بتنفيل الامام فصار كالمختص بشرائها فى دار الحرب أو بعد قسم الامام الغنائم فى دار الحرب مجتهدا حيث يحل وطؤها بالاجماع بعد الاستبراء بخلاف المتلصص اذا أخذ جارية فى دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطؤها بالاتفاق لانه ما اختص بملكها لانه لو لحقه جيش المسلمين شاركوه فيها ولهما أن سبب الملك فى النفل ليس الا القهر كما فى الغنيمة ولا يتم الا بعد الاحراز بدار الاسلام لانه ما دام فى دار الحرب مقهور دارا وقاهر يدا فيكون السبب ثابتا فى حقه من وجه دون وجه ولا أثر للتنفيل فى اثبات القهر بل فى قطع حق غيره وأما الملك فانما سببه ما هو السبب فى كل الغنيمة وهو ما ذكرنا بخلاف المشتراة لان سبب الملك العقد والقبض بالتراضى لا القهر وقد تم وعدم الحل للمتلصص لعدم تمام القهر أيضا قبل الاحراز لا لما ذكر لان لحوق الجيش موهوم فلا يعارض الحقيقة واعلم أن كون الملك يتم بالقسمة فى دار الحرب عند أبى حنيفة فيه خلاف قيل نعم لانه مجتهد فيه فيتم ملك من وقعت فى سهمه فيطؤها بعد الاستبراء بالاتفاق كالمشتراة وجعل الاظهر فى المبسوط عدم الحل فلا يتم القياس عليه لمحمد الا على أحد القولين وقوله (ووجوب الضمان بالاتلاف) ذكره لدفع شبهة ترد على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لان محمدا ذكر فى الزيادات أن المتلف لسلب نفله الامام رجلا يضمن ولم يذكر خلافا فورد عليهما أن الضمان دليل تمام الملك فينبغى أن يحل الوطء عندهما أيضا بعد الاستبراء فقال فى جوابه بل هو على الخلاف فانما يضمن عند محمد خلافا لهما وفى نسخة وقد قيل بالواو والله الموفق

﴿باب استيلاء الكفار﴾

لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع فى بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض وحكم استيلائهم علينا وتقديم الاول على الثانى ظاهر (قوله واذا غلب الترك على الروم) أى كفار الترك على كفار الروم

فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها) لان الاستيلاء قد تحقق فى مال مباح وهو السبب على مانبينه ان شاء الله تعالى (فان غلبنا على الترك حل لنا مانجده من ذلك) اعتبارا بسائر أملاكهم (واذا غلبوا على أموالنا والعياذ بالله وأحرزوها بدارهم ملكوها) وقال الشافعى لايملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لاينتهض سببا للملك على ماعرف من قاعدة الخصم

(فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق على مال مباح على مانبينه) عن قريب (فان غلبنا على الترك حل لنا مانجده من مال) أى مما أخذوه منهم وان كان بيننا وبين الروم موادعة لانا لم نغدرهم انما أخذنا مالا خرج عن ملكهم ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فغلبت احداهما كان لنا أن نشترى المغنوم من مال الطائفة الاخرى من الغانمين لما ذكرنا وفى الخلاصة والاحراز بدار الحرب شرط أما بدارهم فلا ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة واقتتلوا فى دارنا لانشترى من الغالبين شيأ لانهم لم يملكوه لعدم الاحراز فيكون شراؤنا غدرا بالآخرين فانه على ملكهم وأما لواقتتلت طائفتان فى بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغالبين نفسا أومالا ينبغى أن يقال ان كان بين المأخوذ وبين الآخذ قرابة محرمة كالامية أوكان المأخوذ لايجوز بيعه للآخذ لم يجز الا ان دانوا بذلك عند الكرخى وان لم يكن فان دانوا بأن من قهر آخر ملكه جاز الشراء والا لا (قوله واذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها) وهو قول مالك وأحد الا أن عند مالك بمجرد الاستيلاء يملكونها ولأحمد فيه روايتان كقولنا وكقول مالك فيتفرع على ملكهم أموالنا بالاحراز أن لكل من دخل دار الحرب بامان من المسلمين ان يشترى ماأخذوه فيأكله ويطأ الجارية لملكهم كل ذلك (وقال الشافعى لايملكونها لان الاستيلاء) أى استيلاؤهم على أموالنا (محظور ابتداء) عند الاخذ (وانتهاء) عند صيرورتها فى دارهم لبقاء عصمة المال لبقاء سببها وهو عصمة المالك قال عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم والكفار مخاطبون بالحرمات اجماعا (والمحظور لاينتهض سببا للملك على ماعرف من قاعدته) فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ولان النص دل عليه وهو ماروى الطحاوى مسندا الى عمران بن الحصين قال كانت العضباء من سوابق الحاج فأغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء وأسروا امرأة من المسلمين وكانوا اذا نزلوا يريحون ابلهم فى أفنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لاتضع يدها على بعير الارغا حتى أتت على العضباء فأتت على ناقة ذلول فركبتها ثم وجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت الناقة فأتوا بها الى النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته المرأة بنذرها فقال بئس ماجزيتيها أووفيتها لاوفاء لنذر فى معصية الله ولا فيما لايملك ابن آدم وفى لفظ فأخذ ناقته ولو كان الكفار يملكون بالاحراز لملكتها المرأة لاحرازهم اياها وللجمهور أوجه من النقل والمعنى فالاول قوله تعالى للفقراء المهاجرين سماهم فقراء والفقير من لايملك شيأ فدل على أن الكفار ملكوا أموالهم التى خلفوها وهاجروا عنها وليس من ملك مالا وهو فى مكان لايصل اليه فقيرا بل هو مخصوص باسم ابن السبيل ولذا عطفوا عليهم فى نص الصدقة وأما مااستدل به الشارحون مما فى الصحيحين أنه قيل له عليه الصلاة والسلام فى الفتح أين تنزل غدا بمكة فقال وهل ترك لنا عقيل من منزل وروى أتنزل غدا بدارك فقال وهل ترك لنا عقيل من رباع وانما قاله لان عقيلا كان استولى عليه وهو على كفره فغير صحيح لان الحديث انما هو دليل أن المسلم لايرث الكافر فان عقيلا انما استولى على الرباع بارثه اياها من أبى طالب فانه توفى وترك عليا وجعفرا مسلمين وعقيلا وطالبا كافرين فورثاه لأن الديار كانت للنبى صلى الله عليه وسلم فلما هاجر استولوا عليها فملكوها بالاستيلاء وروى أبو داود فى مراسيله عن تميم بن طرفة قال وجد رجل مع رجل ناقة له فارتفعا الى النبى صلى الله عليه وسلم فأقام

وقوله (حل لنا مانجده من ذلك) أى مما أخذه الترك من أهل الروم لان المأخوذ صار ملكا للترك كسائر أموالهم وقوله (لأن الاستيلاء محظور ابتداء) أى فى دار الاسلام (وانتهاء) أى فى دار الحرب بعد الاحراز وقوله (على ماعرف من قاعدة الخصم) أن المحظور ولو بوجه لاينتهض سببا للملك كما فى البيع الفاسد وأما المحظور من كل وجه بأن يكون محظورا بأصله ووصفه كما فى البيع الباطل كالبيع بالميتة أو الدم فانه لايوجب الملك بالاتفاق

البينة

ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة

البينة أنها له وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من العدو فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان شئت أن تأخذ بالثمن الذى اشتراها به فأنت أحق والا فخل عن ناقته والمرسل حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم وأخرج الطبرانى مسندا عن تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة وفى سنده ياسين الزيات مضعف وأخرج الدارقطنى ثم البيهقى فى سننهما عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال فيما أحرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم ان وجده صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به وان وجده قد قسم فان شاء أخذه بالثمن وضعف بالحسن بن عمارة وأخرج الدارقطنى عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد ماله فى الفىء قبل أن يقسم فهو له ومن وجده بعد ما قسم فليس له شىء وضعف باسحق بن عبد الله بن أبى فروة ثم أخرجه بطريق آخر فيه رشدين وضعفه به وأخرجه الطبرانى عن ابن عمر مرفوعا من أدرك ماله فى الفىء قبل أن يقسم فهو له وان أدركه بعد أن يقسم فهو أحق به بالثمن وفيه ياسين ضعف به قال الشافعى واحتجوا أيضا بان عمر بن الخطاب قال من أدرك ما أخذ العدو قبل أن يقسم فهو له وما قسم فلا حق له فيه الا بالقيمة قال وهذا انما روى عن الشعبى عن عمر وعن رجاء بن حيوة عن عمر مرسلا وكلاهما لم يدرك عمر وروى الطحاوى بسنده الى قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب قال فيما أخذه المشركون فأصابه المسلمون فعرفه صاحبه أى أدركه قبل أن يقسم فهو له وان جرت فيه السهام فلا شىء له وروى فيه أيضا عن أبى عبيدة مثل ذلك وروى باسناده الى سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت مثله وروى أيضا باسناده الى قتادة عن خلاس أن على بن أبى طالب قال من اشترى ما أحرز العدو فهو جائز والعجب ممن يشك بعد هذه الكثرة فى نفى أصل هذا الحكم ويدور فى ذلك بين تضعيف بالارسال او التكلم فى بعض الطرق فان الظن بلا شك يقع فى مثل ذلك ان هذا الحكم ثابت وأن هذا الجمع من علماء المسلمين لم يتعمدوا الكذب ويبعد أنه وقع غلط للكل فى ذلك وتوافقوا فى هذا الغلط بل لا شك أن الراوى الضعيف اذا كثر مجىء معنى ما رواه يكون مما أجاد فيه وليس يلزم الضعيف الغلط دائما ولا أن يكون أكثر حاله السهو والغلط هذا مع اعتضاده بما ذكرنا من الآية والحديث من الصحيح وحديث العضباء كان قبل احرازهم بدار الحرب ألا ترى الى قوله وكانوا اذا نزلوا منزلا الخ فانه يفهم أنها فعلت ذلك وهم فى الطريق وأما المعنى فما أشار اليه المصنف بقوله (الاستيلاء ورد على مال مباح) يعنى الاستيلاء الكائن بعد الاحراز فى حال البقاء ورد على مال مباح (فينعقد سببا للملك كاستيلائنا على أموالهم) فانه ما تم لنا الملك فيه الا لهذا المعنى (وهذا) أى كونه مباحا اذ ذاك (لان العصمة تثبت على منافاة الدليل) وهو قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا فانه يقتضى اباحة الاموال بكل حال وانما تثبت (ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة) من الانتفاع (عاد مباحا) وزوالها على التحقيق واليقين بتباين الدارين فان الاحراز حينئذ يكون تاما وهو (الاقتدار على المحل حالا ومآلا) بالادخار الى وقت حاجته بخلاف أهل البغى اذا أحرزنا أموالهم لا تزول أملاكهم لان العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة من وجه فلا يزول الملك بالشك ثم أجاب عن قوله المحظور لا يصلح سببا للملك فقال ذاك فى المحظور لنفسه (أما المحظور لغيره فلا فانا وجدناه صلح سببا لكرامة

(ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح) وورود الاستيلاء على مال مباح (ينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم) وقوله (وهذا) اشارة الى ان الاستيلاء ورد على مال مباح وبيانه ان العصمة فى المال لكل من تثبت له من المسلم والكافر انما تثبت على منافاة الدليل فان الدليل وهو قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا يقتضى أن لا يكون مال ما معصوما لشخص ما وانما تثبت العصمة (لضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة) بالاستيلاء (عاد مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه) أى لان الاستيلاء (عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا) والكفار ما داموا فى دار الاسلام اقتدروا على المحل حالا وانما يقتدرون عليه مآلا بالاحراز لانهم ما داموا فى دارنا فهم مقهورون بالدار والاسترداد بالنصرة محتمل وقوله (والمحظور لغيره) جواب عن قول الخصم ان الاستيلاء محظور وتقريره سلمنا أنه محظور لكنه محظور لغيره مباح فى نفسه على ما ذكرنا والمحظور لغيره (اذا صلح سببا لكرامة

قال المصنف (والمحظور لغيره اذا صلح الخ) أقول قال فى الكافى هذا مشكل لان العصمة لا تخلو اما ان زالت بالاحراز بدارهم أو لم تزل فان زالت لم يكن الاستيلاء محظورا لما مر وان لم تزل لا يصير ملكا كما فى مسئلة البغاة الا أن يقال العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام وان زالت المقومة لانها بالدار اه ولك أن تقول انه جواب على التنزل والتسليم

تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل (فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شئ وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان أحبوا) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شئ وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخذ نظرا له الا أن في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة (وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه به وان شاء تركه) لانه يتضرر بالاخذ مجانا ألا ترى أنه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه

تفوق الملك وهو الثواب) كما في الصلاة في الارض المغصوبة (فما ظنك بالملك الدنيوى) والقياس على استيلائهم على رقابنا فاسد لانها ليست مالا وكذا على غصب المسلم مال المسلم وذلك لانه ليس فيه احراز يزيل الملك على ماذكرنا في الباغي وأورد عليه أن العصمة ان ازالت بالاحراز بدارهم لا يكون الاستيلاء محظورا فيحتاج الى هذا الكلام وان لم تكن زالت لم تصر ملكا لهم وأجيب بان العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام والمقومة زالت لانها بالدار وقد يقال ان كان الملك زال تبعا لزوال القيمة صار مباحا وعاد الاول وان لم يسقط لزم الثاني فالمدار الاباحة وعدمها ثم الوجه أن لا حاجة الى اثبات انه محظور لغيره وذلك لان الاستيلاء ان أريد به ابتداء الاخذ أو ادخاله في دار الحرب يجب كونه قبيحا لعينه لانه ظلم وهو قبيح لنفسه فهو محرم لنفسه وان كان تحريم الغصب لقيام ملك الغير فهو قبيح لنفسه على ماعرف كذا أورد في الاصول على كون الغصب يفيد الملك ذلك أجيب بأن المفيد له هو الضمان على مافي توجيهه من الكلام بل نقول ليس الاستيلاء الاول سببا للملك ولا الادخال الى دار الحرب بل الادخال سبب زوال مكنة الانتفاع وزوال مكنة الانتفاع سبب الاباحة وهو لا يتصف بحل ولا حرمة لانه ليس من الافعال ثم الاستيلاء الكائن في البقاء على ذلك المال المباح سبب ملك الكافر وهذا الاستيلاء ليس بمحرم لانه على مال مباح واباحته مسببة عما ليس بمحرم وهو زوال المكنة فاما الاخذ وما يليه فاسباب لغير ذلك مما ذكرنا فكان الوجه منع أن سبب الملك هنا محظور لنفسه أو غيره بل هو أمر مباح والسبب البعيد لا يؤثر في المسبب الأخير لانه مسبب عن غيره على ماعرف من أن العلة البعيدة لا أثر لها في المعلول بخلاف الغصب فانه لا يستعقب اباحة أصلا وقول بعضهم في التقرير لا نسلم أن الاستيلاء ورد على مال محظور معصوم لان استيلاءهم انما يتحقق بعد الاحراز وبعده ارتفعت العصمة فورد على مال مباح كمال المسلم ثمه اذا لم يهاجر الينا يقتضى أن ماله مباح وليس كذلك بل ماله معصوم عليه غير العقار على الخلاف المتقدم وسببه أنه ليس في يده بل يكفي المنع بان يقال لا نسلم أنه محظور لانه ورد على مال مباح الخ (قوله فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شئ وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان أحبوا لقوله عليه الصلاة والسلام فيه ان وجدته الخ) وتقدم الكلام في الحديث ونظائره فان قيل أخذه قبل القسمة اذا كان حكما لازما يقتضى قيام ملكه أجيب بالمنع فان الواهب له أن يأخذ ما وهبه بعد زوال ملكه عنه شرعا وكذا الشفيع يقدم على المالك المشترى في الاخذ ولا ملك له وحاصله أن في الشرع صورا يقدم فيها غير المالك على المالك كما أريناك فلأن يقدم غير المالك على غير المالك أولى وهو ماذكرنا فانه لا ملك لأحد في المغنوم قبل القسمة فجبر ضرر ورثة القوى بضرر يسير فان الشركة أولا في الحق دون الملك وثانيا هي شركة عامة فيخف ضرر كل واحد لخفة كثرة وصورة الشفيع شبيهة أخذه بالقيمة بعد القسمة لتقدمه في اثبات ملك منتف بازالة ملك موجود بالثمن دفعا لضرر الجوار أو الخلطة مع دفع ضرر إتلاف مال

تفوق الملك) كالصلاة في الارض المغصوبة فانها تصلح سببا لاستحقاق أعلى النعم وهو الثواب في الآخرة فلأن تصلح سببا للملك في الدنيا أولى فان قيل لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغازى الذي وقع في قسمته أو من الذي اشتراه من أهل الحرب بدون رضا الغازى أجيب بأن بقاء حق الاسترداد لحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم ألا ترى ان للواهب الرجوع في الهبة والاعادة الى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال وكذا الشفيع يأخذ الدار من المشترى بحق الشفعة بدون رضا المشترى مع ثبوت الملك له وقوله (فان ظهر عليها المسلمون) واضح

(قوله كالصلاة في الارض المغصوبة الخ) أقول مخالف لما في كتب الاصول

وقوله (لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة) قيل عليه بأن الملك ثبت للموهوب له مجانا فلا يتضرر بالاخذ منه مجانا بخلاف ماثبت لاحد الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما تعين له بازاء ماانقطع من حقه عما في أيدي الباقين وأجيب بأن الملك ههنا أيضا ثبت بالعوض معنى لما أن المكافأة مقصودة في الهبة وان لم تكن مشروطة فجعل ذلك معتبرا في اثبات حقه في القيمة وقوله (ولو كان مغنوما) يعني لو كان ما أخذه الكفار من المسلمين مغنوما أي مأخوذا بالقهر والغلبة (وهو مثلي) كالذهب والفضة والحنطة والشعير (يأخذه قبل القسمة) ولا يأخذه بعدها (لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان موهوبا لا يأخذه لما بيناه) أن الاخذ بالمثل غير مفيد (وكذا إذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا) يعني اذا كان ما أخذه الكفار من المسلمين مثليا فاشتراه من مسلم بمثله قدرا ووصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له أن يأخذه منه لانه غير مفيد وانما قيد بقوله قدرا ووصفا احترازا عما لو اشتراه المسلم بأقل قدرا منه أو بجنس آخر أو بجنسه ولكنه أردأ منه وصفا فان له أن يأخذه بمثل ما أعطاه المشتري ولا يكون ذلك ربا لانه انما فدى ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه لا انه يشتريه ابتداء قال (فان أسروا عبدا) اذا أخذ الكفار عبدا ودخلوا به دار الحرب (فاشتراه رجل وأخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي أخذه به من العدو وأما الاخذ بالثمن فلما قلنا) إن المشتري يتضرر بالاخذ مجانا (ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح) فكان الارش حاصلا في ملكه وليس فيه الاعادة الى قديم الملك حتى يكون المولى أحق به كالرقبة ومع هذا لو أخذه فانما يأخذه بمثله لأن الارش دراهم أو دنانير وهو لا يفيد وقوله (لان الملك فيه صحيح) احتراز عن المشتري شراء فاسدا فان الاوصاف هنالك مضمونة

ولو اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لأن الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لا يأخذه لما بينا وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا قال (فان أسروا عبدا فاشتراه رجل وأخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو) أما الاخذ بالثمن فلما قلنا (ولا يأخذ الارش) لان الملك فيه صحيح فلو أخذه أخذه بمثله وهو لا يفيد

الآخر وأشبه بالتاجر اذا دخل دار الحرب فاشترى ما استولوا عليه من مال المسلم فانه ازالة ملك ثابت بعوض باحداث ملك زائل بعوض بقدره وهي المسئلة التي ذكرناها وهذا لأن الشارع لما لم يزل الملك الخاص الحادث للغازي في مقابلة عناء حصل له لا بمقابلة مال بذله الا ببدله ليعتدل النظر ويخف الضرر من الجانبين فلأن لا يزيله برفع ملك حصل بعوض باحداث ملك الا بعوض ليعتدل من الجانبين أولى (ولو) أن التاجر (اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض) هذا ولو ترك أخذه بعد العلم بشرائه واخراجه من دار الحرب زمانا طويلا بلا له أن يأخذه بعده في ظاهر الرواية وفي رواية ابن سماعة عن محمد ليس له كالشفيع اذا لم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع والظاهر هو الاول (ولو وهبوه لمسلم أخذه مالكه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص) في مقابلة ما كالمال أو أنفس من المال اذ المال ثابت معنى لان المكافأة مطلوبة والظاهر ايقاعها (فلا يزال الا بالقيمة) وقد يمنع هذا بالرجوع ولو كان ما أخذه الكفار من مال المسلم مثليا كالدراهم والدنانير والحنطة والعسل والزيت ثم غنمه المسلمون يأخذه المسلم قبل القسمة بغير شئ ولا يأخذه بعدها لانه لا فائدة فيه (لان أخذه بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان) المثلي (موهوبا) من الكافر للغرج له ليس فيه الا المثل وهو غير مفيد لما قلنا (وكذا اذا كان) الذي أخذه من الكفار (مشترى بمثله قدرا ووصفا) ليس لصاحبه القديم أن يأخذه لانه غير مفيد وقيد بقوله قدرا ووصفا لانه لو اشتراه المشتري بأقل قدرا منه أو بجنسه لكن أدون منه أو أحسن فان له ان يأخذه بمثل ما أعطى المشتري منهم (فرع) اختلف المولى والمشتري منهم في قدر الثمن القول قول المشتري مع يمينه لانه انما يملك عليه ماله بما يقر هو به كالمشتري مع الشفيع اذا اختلفا في الثمن الا أن يقيم المالك البينة أنه اشتراه بأقل فيثبت ذلك (قوله فان أسروا عبدا فاشتراه رجل فأخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو ولا يأخذ الارش لان ملكه فيه صحيح) لانه آخذ بدل ملك صحيح كما لو قتل العبد بخلاف المشتري شراء فاسدا على ماسنذكر (فلو أخذه) أي الارش (أخذه بمثله) دراهم أو دنانير وعلمت انه لا يفيد ولو أخذه بزيادة أو نقصان ولو كانت أمة فباعها الغانم بألف فولدت في يد المشتري وماتت فأراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبي يوسف له ذلك بألف وعند محمد بحصته منها وذلك بأن يقسم الالف على قيمة الام يوم القبض وقيمة الولد يوم الاخذ فما أصاب كلا فهو

(قوله وليس فيه الاعادة الى قديم الملك) أقول اذ لا ملك فيه قديما

(ولا يحط شئ من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن) واستشكل هذا التعليل ههنا لان الاوصاف إنما لا يقابلها شئ من الثمن اذا لم يصر بالتناول مقصودا ألاترى أنه لو اشترى عبدا ففقئت عينه واخذ الارش ثم قصد بيعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول بخلاف ما اذا اعورت وأجاب بعضهم بأنه انما يحط في المرابحة للشبهة لانه صار كأنه اشترى شيئين بألف ثم باع أحدهما بذلك الثمن فانه لا يجوز بيع الآخر مرابحة لما أن الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب المرابحة تحرزا عن شبهة الخيانة ولا كذلك ههنا لانه لا اعتبار للشبهة فيه بخلاف الشفعة فان الاوصاف يقابلها شئ من الثمن فيها حتى لو استهلك المشترى شيأ من الدار سقط حصته من الثمن لان المشترى في الذي وجبت الشفعة فيه بمنزلة شراء المشترى شراء فاسدا من حيث ان كل واحد منهما واجب الرد والاوصاف تضمن في المشترى شراء فاسدا كما في الغصب فان من غصب جارية فذهبت إحدى عينيها ضمن نصف قيمتها فان قيل شراء التاجر ههنا بمنزلة المشترى شراء فاسدا في المعنى المذكور وهو وجوب الرد أجيب بأن الحاق مسئلة الشفعة بالمشترى شراء فاسدا من حيث وجوب الرد الى الشفيع ومن حيث وجوب عرض البائع الدار على الجار أولا ثم البيع ان رغب عنه الجار فاذا لم يفعل ذلك صار ذلك مكروها فصار كتمكن الفساد في العقد ولا كذلك بيع الكافر من التاجر فانه لا يجب عليه العرض على المالك قيل في مسئلة الشفعة أيضا اذا كان هلاك بعض المشترى بآفة سماوية لا يقابل الاوصاف شئ من الثمن فلم تكن مخالفة لمسئلة التاجر وأجيب بأنها مخالفة في صورة العمد فان التاجر اذا فقأ عين الجارية لا يلزمه حط شئ من الثمن بخلاف ما اذا استهلك المشترى بعض الاشجار في الشفعة فانه يحط حصته من الثمن

ولا يحط شئ من الثمن لان الأوصاف لا يقابلها شئ من الثمن بخلاف الشفعة لأن الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشترى في يد المشترى بمنزلة المشترى شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب أما ههنا الملك صحيح فافترقا

حصته من الالف (ولا يحط شئ من الثمن) بما نقص من عينه (لأن الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن) بما نقص من عين العبد والعين كالوصف لانها يحصل بها وصف الابصار وقد فاتت في ملك صحيح فلا يقابلها شئ من الثمن فلا يسقط بفواتها شئ منه وانما لم يقابل شئ من الثمن بالوصف لانه تابع وبفواته لا يسقط شئ من الثمن ولهذا لو ظهر في المبيع وصف مرغوب فيه وقد نفياه عند العقد لم يكن للبائع ان يطلب شيأ بمقابلته ألا يرى أنه لو اشترى عبدا فذهبت يده أو عينه قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن والعقر كالأرش واستشكل بأن الوصف انما يقابله شئ من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالتناول أما اذا صار فله حظ من الثمن كما لو اشترى عبدا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين ولو اعورت في يده بآفة سماوية لا يحط بل يرابح على كل الثمن وكذا في الشفعة اذا كان فوات وصف المشفوع فيه بفعل قصدي قوبل ببعض الثمن كما لو استهلك شخص بعض بناء الدار المشفوعة فانه يسقط عن الشفيع حصته ولو فات بآفة سماوية كأن جف شجر البستان ونحوه لا يقابله شئ من الثمن وبهذا أورد على اطلاق قوله بخلاف الشفعة لان ذلك في القصدي أما في غيره فالشفعة والمسئلة التي نحن فيها سواء وأجيب بأن الوصف انما يقابله بعض الثمن عند صيرورته مقصودا بالتناول في الملك الفاسد وموضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسئلة المرابحة لانها مبنية على الامانة دون الخيانة وللشبهة حكم الحقيقة فيها والملك في الشفعة للمشترى كالفاسد من حيث وجوب تحويله اليه أما في الشراء الصحيح الذي لا يشبه الفاسد فالثمن يقابل العين لا غير وقوله لان الاوصاف تضمن فيه أي في البيع الفاسد لانه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب فالاصل في تقوم الصفات هو الغصب وانما لزمه ذلك مراعاة لحق المالك ومبالغة في دفع الظلم والبيع الفاسد دونه في ذلك لتحقق التراضي فيه من الجانبين غير أن الشرع أهدر تراضيهما في حق الحل وطلب رد كل منهما بدله الى الآخر وفي الكافي ولان الاخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشترى من العدو ثبت بخلاف القياس نصا وهو قوله ان شاء أخذه بالثمن وهو اسم للكل فلا يحط عنه هذا ولو انه فقئ عيناه عند الغازي المقسوم له فأخذ قيمته وسلمه للفاقئ فللمالك الاول أخذه من الفاقئ بقيمته أعمى عند أبي حنيفة وقالا بقيمته سليما وهي التي أعطاها الفاقئ للمولى لهما انه فوت وصف فلا يسقط به شئ من ثمنه وله أنه طرف وهو مقصود فهو كفوات بعض الاصل فيسقط حصته من القيمة كالولد مع الام وهذا ينتقض بمسئلة الهداية بل الوجه وهو الفرق أن فوات الطرف هنا بفعل الذي ملكه باختياره فكان بمنزلة ما لو اشتراه سليما ثم قطع طرفه باختياره فكان راضيا بنقيصته بخلاف مسئلة الكتاب لان الفاقئ غيره بغير رضاه (فرع) أسروا جارية وأحرزوها ثم ظهر المسلمون عليهم فوقعت في سهم غانم فباعها بألف فولدت في يد المشترى وماتت فأراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبي يوسف له ذلك بألف وعند محمد بحصته من الالف وذلك بأن يقسم الالف على قيمة الام يوم القبض وقيمة الولد يوم الاخذ فما أصاب كلا فهو حصته

(قوله أجيب بأن الحاق مسئلة الشفعة الخ) أقول وحقيقة الفرق أن وجوب الرد في الشفعة يسرى الى أول البيع بخلاف شراء التاجر فان وجوب الرد يتقرر عند طلبه (قوله فلم تكن مخالفة الخ) أقول فلا يصح قوله بخلاف الشفعة

وقوله (وان اسروا عبدا) صورته ظاهرة واعترض على قوله والمشترى الاول أن يأخذه من الثانى

(وان أسروا عبدا فاشتراه رجل بألف درهم فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف درهم فليس للمولى الاول أن يأخذه من الثانى بالثمن) لان الأسر ما ورد على ملكه (وللمشترى الاول أن يأخذه من الثانى بالثمن) لان الاسر ورد على ملكه (ثم يأخذه المالك القديم بألفين ان شاء) لانه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا اذا كان المأسور منه الثانى غائبا ليس للاول أن يأخذه اعتبارا بحال حضرته (ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك) لان السبب انما يفيد الملك فى محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء (واذا أبق عبد لمسلم فدخل اليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبى حنيفة وقالا يملكونه) لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو أخذوه من دار الاسلام ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتباره لتحقق يد المولى

(قوله وان أسروا) أى الكفار (عبدا) لمسلم (فاشتراه رجل) منهم (بألف درهم فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف فليس للمولى الاول) وهو المأسور منه أولا (أن يأخذه من الثانى) وكذا لو كان الثانى غائبا كما سيذكر (لان الاسر ما ورد على ملكه) بل على الثانى فانما يثبت حق أخذه للمشترى الاول حتى لو أبى ان يأخذه لم يلزم المشترى الثانى اعطاؤه للمولى الاول ولو كان المشترى الاول وهبه له أخذه مولاه من الموهوب له بقيمته كما لو وهبه الكافر لمسلم ثم اذا أخذه المشترى الاول من المشترى الثانى بألف فأراد المولى ان يأخذه من المشترى الاول أخذه بألفين لانه قام عليه بذلك وهو وان تضرر بذلك ففى مقابلة العبد الذى غرضه فيه بخلاف ما لو أخذه بألف فانه يفوت الالف الاخرى على المشترى الاول بلا عوض أصلا ﴿فرع﴾ لو باع المشترى من العدو العبد من غيره أخذه المالك القديم من الثانى بالثمن الذى اشتراه به ان مثليا فمثله أو قيميا بأن كان اشتراه مقايضة فبقيمته لان المشترى الثانى قائم مقام المشترى الاول وليس للقديم أن ينقض العقد الثانى ليأخذه من المشترى الاول بالثمن الاول الا فى رواية ابن سماعة عن محمد وظاهر الرواية الاول والوجه فى المبسوط وفيه أن الكفار لو أسلموا قبل ان يبيعوه لم يكن للقديم ان يأخذه (قوله ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة) الكائنة بالاحراز بدارهم (مدبرينا ولا أمهات أولادنا ولا مكاتبينا ولا احرارنا ونملك نحن عليهم جميع ذلك لان السبب) وهو الاستيلاء التام (انما يفيد الحكم) وهو الملك لما يرد عليه (فى محله ومحله المال المباح والحر المسلم معصوم بنفسه وكذا من سواه) ممن ذكرنا من مدبرينا ومن بعدهم (لانه تثبت الحرية فيهم من وجه) مع الاسلام (بخلاف رقابهم لان الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم) بالكفر (ولا جناية من هؤلاء) ويتفرع على عدم ملكهم هؤلاء أنهم لو أسروا أم ولد لمسلم أو مكاتبا أو مدبرا ثم ظهر على دارهم أخذه مالكه بعد القسمة بغير شئ ويعوض الامام من وقع فى قسمه من بيت المال قيمته ولو اشترى تاجر ذلك منهم أخذه منه بغير ثمن ولا عوض (قوله واذا أبق عبد لمسلم) أو ذمى وهو مسلم (ودخل اليهم) دار الحرب (فأخذوه لم يملكوه عند أبى حنيفة وقالا يملكونه) وبه قال مالك وأحمد لتحقق الاستيلاء على مال قابل للتملك محرز بدار الحرب وبه يتم الملك لهم وهذا (لسقوط عصمته لانها لحق المالك وقد زالت) وصار كما لو ندت اليهم دابة أى شردت من باب ضرب الأذمه بدره جاءند ودا كما جاء على ندا القياسى وكما لو أخذوا العبد الآبق أو غير الآبق من دارنا اذا أحرزوه حيث يملكونه فكذا هذا (ولابى حنيفة رحمه الله أن العبد ظهرت يده على نفسه) وهذا لانه آدمى مكلف فله يد على نفسه ولهذا لو اشترى نفسه لغيره من مولاه لم يكن لمولاه حبسه بالثمن لانه صار مقبوضا بمجرد عقده وانما سقط اعتبار يده (لتحقق يد المولى

بالثمن بأنا لو أثبتنا حق الاخذ للذى اشتراه من العدو أولا تضرر المالك لانه حينئذ يأخذه بالثمنين واجيب بأن رعاية حق من اشتراه من العدو أولا أولى لان حقه يعود فى الالف التى نقدها بلا عوض يقابلها والمالك القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو العبد فكان ما قلناه أولى وقوله (وكذا من سواه) أى من سوى الحر وقوله (بخلاف رقابهم) أى رقاب أحرار الكفار ومدبريهم وأمهات أولادهم وقوله (ولا جناية من هؤلاء) أى من مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا فلا يملكهم الكفار وان استولوا عليهم واذا لم يملكهم الكفار لم يملكهم الغزاة أيضا حتى لو كان أخذهم أهل دار الحرب من دار الاسلام ثم ظهر عليهم فهم لملاكهم قبل القسمة وبعدها بغير شئ قال (واذا أبق عبد لمسلم فدخل اليهم) اذا أبق عبد لمسلم قالوا قيد لمسلم اتفاقى لأن عبد الذمى كذلك (فدخل اليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك)

وهو ظاهر وقوله (لان سقوط اعتباره) أى اعتبار يد العبد (لتحقق يد المولى

(قوله لان حقه يعود فى الالف الخ) أقول يعنى لو لم يثبت له حق الاخذ من المشترى الثانى

عليه تمكيناله من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه) لانه حين دخل دار الحرب فقد زالت يد المولى عنه لاالى من يخلفه لان يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف فى المحل كيف شاء ولم يبق ذلك لا محالة فيصير فى يد نفسه وهى يد محترمة تمنع الاحراز فتمنع الملك لانه لا ملك بدون الاحراز فان قيل لانسلم أنها زالت لاالى من يخلفه فان يد الكفرة قد خلفت يد المولى لان دار الحرب فى أيديهم أجيب بان بين الدارين حدا لا يكون فى يد أحد وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار يد حكمية و يد العبد يد حقيقية فلا تندفع بيد الدار اليه أشار فخر الاسلام وفيه نظر لان حصول اليد الحقيقية للعبد فى حيز النزاع والجواب أن اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف فى المحل كيف شاء (٣٤٤) وعند دخول العبد فى دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة عليه فان قيل لو حصل له يد حقيقية لعتق وليس كذلك أجيب بمنع الملازمة لأن ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال ملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصبا ملك المولى وجاز أن توجد اليد بلا ملك كما فى المغصوب والمشترى قبل القبض فان الملك للمولى واليد لغيره وقوله (بخلاف المتردد) يعنى فى دار الاسلام لان يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده ولهذا لو وهبه لابنه الصغير كان قابضاله فبقاء اليد حكما يمنع ثبوت اليد له فان استولى عليه المشركون ملكوه (واذا لم يثبت الملك لهم عند أبى حنيفة رضى الله عنه يأخذه المالك القديم بغير شئ اذا كان موهوبا أو مشترى) أما اذا كان موهوبا فظاهر لانه أخذه بغير عوض فلا يتضرر بالاخذ منه وأما المشترى فلأن المشترى قد تملكه بغير أمره فكان متبرعا حتى لو أمره بذلك رجع عليه المشترى بالثمن وان كان مغنوما فكذلك اذا كان قبل القسمة وأما اذا كان بعدها فيؤدى عوضه من بيت المال لان نصيبه قد استحق فله أن يرجع على شركائه فى الغنيمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر اجتماعهم فيعوض من بيت المال لان هذه من نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك وقوله (وليس له) أى للغازى أو للتاجر (جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ فى زعمه انه ملكه) والجعل انما يجب اذا أخذه الآخذ على قصد الرد الى مالكه قوله (وان ند اليهم بعير) ظاهر وكذلك قوله (فان أبق عبد اليهم وذهب معه بفرس

عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية عليه لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند أبى حنيفة يأخذه المالك القديم بغير شئ موهوبا كان أو مشترى أو مغنوما قبل القسمة و بعد القسمة يؤدى عوضه من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ فى زعمه انه ملكه (وان ند بعير اليهم فأخذوه ملكوه) لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا (وان اشتراه رجل وأدخله دار الاسلام فصاحبه يأخذه بالثمن ان شاء) لما بينا (فان أبق عبد اليهم وذهب معه

عليه تمكينا للمولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى) بمجرد دخوله دار الحرب (فظهرت يد العبد على نفسه) سابقة على يد أهل الحرب لان أخذهم اياه لابد أن يتراخى لحظة عن دخوله واذا سبقت يده يدهم (صار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف الآبق المتردد) فى دارنا اذا أخذوه (لأن يد المولى قائمة عليه) مادام فى دار الاسلام حكما (لقيام يد أهل الدار) فيمكنه الاستعانة على وجوده فالاقتدار باق (فمنع ظهور يده) على نفسه ولا كذلك المأذون فى الدخول لان دخوله باذنه وهو على عزم العود اليه و بخلاف الدابة التى ندت فانه لا يد لها على نفسها والضمير فى قول المصنف لان سقوط اعتباره لليد وكان الواجب أن يقول اعتبارها لان اليد مؤنثة وقد يعاد على الظهور أى سقوط اعتبار ظهوره (واذا لم يثبت لهم ملك فيه يأخذه المالك القديم بغير شئ سواء كان موهوبا) منهم للذى أخرجه الى دار الاسلام (أو مشترى) منهم (أو مغنوما قبل القسمة و بعدها) الا انه اذا أخذه بعد القسمة (يؤدى) الامام (عوضه من بيت المال) للمأخوذ منه (لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم) وتفرق المال فى أيديهم وأيدى غيرهم بتصرفهم وفيه ما لا يخفى من الحرج و بيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم ولانه لو فضل من الغنيمة شئ يتعذر قسمته كلؤلؤة توضع فى بيت المال فاذا لحق غرامة كان فيه ولا يعطى المشترى شيأ اذا كان اشتراه بغير اذن المولى فان اشتراه باذنه رجع عليه بما اشتراه به وعندهما يأخذه بالثمن فى المشترى و بالقيمة فى الموهوب كما فى المأسور غير الآبق وانما قيدنا أول المسئلة بكون العبد مسلما لانه لو ارتد فأبق اليهم فأخذوه ملكوه اتفاقا ولو كان كافرا من الاصل فهو ذمى تبعا لمولاه وفى العبد الذمى اذا أبق قولان ذكره فى طريقه مجد الائمة (قوله وليس له) أى الغازى أو التاجر (جعل الآبق) لان استحقاقه اذا أخذه ليرده فيكون عاملا له وههنا انما هو عامل لنفسه (قوله وان ند بعير اليهم فأخذوه ملكوه) وجهه ظاهر فيتفرع على ملكهم اياه انه (لو اشتراه رجل وأدخله دار الاسلام فانما يأخذه مالكه منه بالثمن ان شاء) (قوله فان أبق عبد اليهم وذهب معه

(قوله فان قيل لانسلم الى قوله وأجيب بان بين الدارين حدا الخ) أقول السؤال والجواب فى شرح الاتقانى

بفرس ومتاع) واعترض بأن على قول أبي حنيفة ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضا بغير شئ لانه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال أيضا لانقطاع يد المولى عن المال لانه في دار الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم وأجيب بأن يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال (قوله واذا دخل الحربي دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما) أو ذميا أو أسلم أحد من كان معه من العبيد اجبر على بيعه من المسلمين كالذمي يسلم عبده فان قيل الذمي ملتزم أحكام الاسلام فجاز اجباره على بيع عبده الذي أسلم والحربي ليس كذلك أجيب بأن الامان ينافي ابقاءهم في ملكه لان فيه استذلالا للمسلم واعطاء الامان على ترك ذلك فكان بالامان مستلزما ترك اذلال المسلمين فيلزمه ووجههما ظاهر ووجه أبي حنيفة (أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب) على الامام فان كان في دار الاسلام فبالجبر على البيع للمسلمين دون الاعتاق لان مال المستأمن معصوم مادام في دار الاسلام بمقتضى الامان فاذا أدخله في دار الحرب زالت عصمة ماله فلو كان للامام ولاية عليه وجب عليه اجباره على العتق لازالة عصمة ماله فاذا لم يكن له ولاية يقيم شرط زوال عصمة المال وهو تباين الدارين مقام علة الازالة وهي الاعتاق لأن الشرط قد يقام مقام العلة اذا لم يمكن اضافة الحكم اليها كحفر البئر على قارعة الطريق فان قيل اقامة الشرط ههنا مقام العلة يستلزم جعل المثبت للشئ مزيلا له وهو باطل وذلك لأنهم اذا استولوا على عبد مسلم بالاحراز بدارهم ملكوه فكان تباين الدارين علة لثبوت الملك فيه وههنا جعلتموه مزيلا له وفيه أيضا نقض لقاعدة مطردة وهي أن البقاء أسهل من الابتداء فان هذا يفيد ابتداء الملك دون بقائه فالجواب أن تباين الدارين مثبت للملك اذا لم يكن ثابتا والملك فيما نحن فيه ثابت بالشراء دون التباين فجعل مزيلا في محل خاص تخليصا للمسلم عن ذل الكافر على أنا ما جعلناه مزيلا

بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه الى دار الاسلام فان المولى يأخذ العبد بغير شئ والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند أبي حنيفة وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء) اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد (واذا دخل الحربي دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق) لأن الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا ولابي حنيفة أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له

بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله فاشترى رجل منهم ذلك كله فان المولى يأخذ العبد بغير شئ والمتاع والفرس بالثمن عند أبي حنيفة وعندهما يأخذ العبد أيضا بالثمن ان شاء) وهذه متفرعة على ملكهم العبد الآبق اليهم عندهما دونه وأورد عليه أنه ينبغي أن يأخذ الكل بلا شئ لان العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهرت على ما في يده لانه مال مباح فتمنع ظهور يد الكفار عليه كما منعت ظهور يدهم عليه نفسه لسبقها أجيب بان غايته أنه صار له يد بلا ملك لان الرق ينافيه فيبقى في يده كما لو كان مملوكا للغائب فيملكه الكفار بالاستيلاء وفيه نظر لان الفرض ان سبق اليد يمنع استيلاءهم عنده فانما يملكون المال باباحته وانما يصير مباحا اذا لم يكن عليه يد لأحد والا ملكوا العبد والفرض ان هذا المال عليه يد فتندفع الاستيلاء الموجب لاخراجه عن ملك من له فيه ملك قائم وأجيب أيضا بان يده ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فاعتبرناها في حق نفسه دون المال ودفع بان استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغي أن يمنع استيلاء الكفار (قوله واذا دخل الحربي دارنا بأمان فاشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق لان الازالة كانت متعينة) حال كونه في دار الاسلام (بطريق معين وهو البيع) فانه اذا اشترى الكافر عبدا مسلما يجبر على اخراجه عن ملكه بالبيع فان فعل والا باعه القاضي عليه ودفع ثمنه اليه (وقد تعذر الجبر عليه فبقي عبدا في يده) ولان الاحراز بدار الحرب سبب لثبوت ملكهم فيما لم يكن ملكا لهم فانهم اذا أخذوا عبدا مسلما من دار الاسلام ملكوه فاستحال أن يزول ملكه الثابت له قبل الاحراز حالة الاحراز (ولابي حنيفة ان الجبر على البيع في دار الاسلام ما كان الا لوجوب تخليص المسلم عن اذلال الكافر) فهو الواجب بالذات اجماعا ووجوب الجبر على البيع

(قوله كالذمي يسلم عبده الخ) أقول فانه يجبر على بيعه (قوله وجب عليه اجباره على العتق) أقول تخليصا للمسلم (قوله لازالة عصمة ماله) أقول الظاهر أن يقول لزوال (قوله مقام علة الازالة) أقول في النهاية مقام علة الزوال (قوله وهي الاعتاق لان الشرط قد يقام الخ) أقول فيه بحث ثم أقول قال العلامة الكاكي وفي المبسوط فان قيل بارتفاع الامان زال صفة الخطر لا أصل الملك كمن أباح لغيره شيأ لا يزول أصل ملكه به فلكه المباح في دار الحرب ابقاء ما كان من الملك له لا اثبات ملك له فيه ابتداء قلنا ما كان ملكه بعد اسلام العبد في دار الاسلام الا باعتبار الخطر فانه لو لم يكن مستأمنا لكان العبد المسلم قاهرا له وكان حرا فاذا زال الخطر بزوال الامان زال أصل الملك الا يرى أنه في دار الحرب لو قتل مولاه وأخذ ماله وخرج الينا كان حرا وكان ما خرج به من المال له اهـ ففي كلام الكاكي بحث

كما يقام مضى ثلاث حيض مقام التفريق فيما اذا أسلم أحد الزوجين فى دار الحرب (واذا أسلم عبد لحربى ثم خرج الينا أو ظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم أحرار) لما روى أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولأنه أحرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه أو بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين لأنها أسبق ثبوتا على نفسه فالحاجة فى حقه الى زيادة توكيد وفى حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان أولى والله أعلم

ليتوصل اليه غير أنه تعين اخراجه بعوض بيعا طريقا حال قيام أمانه تحرزا عن الغدر بأخذ ماله ولولاه لأعتقناه عليه فاذا زال أمانه وسقطت عصمة ماله بوجوده فى دار الحرب يجب التخليص بالاعتاق عليه غير ان اعتاق القاضى قد تعذر بحلوله فى دار الحرب اذ لا ينفذ قضاؤه على من هنالك فأقيم شرط زوال عصمة ماله وهو دخوله فى دار الحرب مقام علة عتقه وهو اعتاق القاضى (كما أقيم مضى ثلاث حيض فى دار الحرب مقام تفريق القاضى) بعد عرض الاسلام على الآخر وإبائه فيما اذا أسلمت المرأة فى دار الحرب بخلاف ما اذا لم يملكه فى دار الاسلام لأن للمولى حق استرداده فاذا أعتقناه على الحربى حين أحرزه أبطلنا حق استرداد المسلم اياه الى رقه جبرا فكان ذلك مانعا للمقتضى عن عمله وقول المصنف (فيما اذا أسلم أحد الزوجين فى دار الحرب) ليس بجيد لانه لو أسلم الزوج لا يفرق وعلى هذا الخلاف اذا أسلم عبد الحربى ولم يهرب الى دار الاسلام حتى اشتراه مسلم أو ذمى أو حربى فى دار الحرب يعتق عنده خلافا لهما لان العتق فى دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص وقد عدم اذ زال قهره الى المشترى فصار كما لو كان فى يده وله أن قهره زال حقيقة بالبيع وكان اسلامه يوجب ازالة قهره عنه الا انه تعذر الخطاب بالازالة فأقيم ماله أثر فى زوال الملك مقام الازالة وهو البيع (قوله واذا أسلم عبد لحربى ثم خرج الينا أو) أسلم ولم يخرج حتى (ظهر على الدار فهو حر وكذا اذا خرج عبيد الى عسكر المسلمين) مسلمين ولا يعلم فيه خلاف بين أهل العلم (لما روى) أبو داود مسندا الى على قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب مواليهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا يا محمد ما خرجوا رغبة فى دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم عليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه فقال هم عتقاء الله وفيه أحاديث قدمناها ومنها اسلام عبيد الطائف ومنهم أبو بكرة والمنبعث تقدم فى كتاب العتق فليرجع اليها فهذا دليل عتقهم اذا خرجوا مسلمين وأما عتقهم اذا ظهرنا على الدار بعد اسلامهم فلأنه لما التحق بمنعة المسلمين صار كأنه خرج اليهم فى انه امتنع بهم وقوله (واعتبار يده الخ) جواب عن مقدر هو أنه لم يعتق بمجرد اسلامه فى دار الحرب اتفاقا وانما الخلاف فيما اذا عرضه للبيع فباعه فقد وردت يد الغانمين على مال مباح لان الاسلام لا ينافى استرقاقهم أجاب بان للعبد يدا على نفسه على ما تقدم وانما لم تظهر لحق المولى ليتمكن من الانتفاع ثم هى أسبق من يد المسلمين أما فى المولى الكافر فيستحق الحكم بعتقه تخليصا للمسلم من اذلال الكافر لان مجرد أصل اليد لا يكفى ما لم يتأكد اذ لا قدرة بدونه فكانت منعة الغانمين هى المؤكدة لها فيعتق هذا ولو أسلم العبد ولم يخرج الينا ولم يظهر على الدار فهو رقيق الى أن يشتريه مسلم أو ذمى فيعتق قال فى شرح الطحاوى بعد قوله ولا يثبت ولاء أى لا يثبت ولاء العبد الخارج الينا مسلما لاحد لان هذا عتق حكمى وان لم يخرج الينا ولم يظهر على الدار لم يعتق الا اذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر فحينئذ يعتق العبد قبل المشترى البيع أو لم يقبل لان العبد استحق حق الاعتاق بالاسلام لكنا نحتاج الى سبب آخر ليزول به ملكه عنه ولما عرضه فقد رضى بزوال ملكه وقيد المراغمة يحترز به عما لو خرج باذن مولاه أو بأمره لحاجته فانه اذا خرج كذلك فأسلم فى دارنا حكمه أن يبيعه الامام ويحفظ ثمنه لمولاه الحربى لانه لما دخل بأمان صارت رقبته داخلة فيه كما لو دخل سيده به وبما معه من

وانما جعلناه قائما مقام المزيل لغرض صحيح فلم يكن الشيء الواحد مزيلا وغير مزيل وهو الممتنع وبقاء الشيء أسهل من الابتداء اذا لم يعتبر البقاء ما يزيل سهولته وههنا بقاء المسلم فى يد الكافر صعب يزيل سهولته وقوله (كما يقام مضى ثلاث حيض) تمثيل للمسئلة فى قيام الشرط مقام العلة فان انقضاء ثلاث حيض شرط البينونة فى الطلاق الرجعى أقيم مقام علة البينونة وهى عرض القاضى الاسلام وتفريقه بعد الاباء لعجز القاضى عن حقيقة العلة فيما اذا أسلم أحد الزوجين بدار الحرب (قوله واذا أسلم عبد لحربى) ظاهر وقوله (لما روى أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا) روى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما حاصر الطائف قال أيما عبد خرج الينا فهو حر فخرج ستة أعبد أو سبعة منها فلما فتحت جاء مواليهم وتكلموا فيهم فقال النبى صلى الله عليه وسلم هم عتقاء الله وقوله (ولأنه أحرز) متصل بقوله ثم خرج الينا وقوله (أو بالالتحاق) متصل بقوله أو ظهر على الدار وقيل بقوله مراغما أى مغاضبا ومنابذا لأنه اذا خرج طائعا لمولاه يباع فيه وثمنه للحربى لانه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربى الذى دخل به مستأمنا الى دارنا والله أعلم بالصواب

(قوله وانما جعلناه قائما مقام المزيل الخ) أقول فيه بحث فانه اذا أقيم مقام المزيل تكون الازالة مستندا اليه

﴿ باب المستأمن ﴾

(واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له أن يتعرض لشئ من أموالهم ولا من دمائهم) لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام

المال ﴿ فروع ﴾ ولو جنى عبد جناية خطأ أو أفسد متاعا فلزمه دينه ثم أسره العدو ثم أسلموا عليه فهو لهم لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال فهو له ثم تبطل الجناية دون الدين لان حق ولى الجناية فى الرقبة ولا تبقى بعد زوال ملك المولى حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة لا يبقى فيه حق ولى الجناية وأما الدين ففى ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل ببيعه ولو اشتراه رجل أو أصابه المسلمون فى الغنيمة فأخذه المولى فكل من الجناية والدين عليه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولى الجناية كان ثابتا فى قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال لان المستحق به نفسه فلا تبطل بزوال ملك المولى كما لو أعتقه أو باعه بعد لزوم القصاص ولو وقع العبد المأسور فى سهم رجل أو اشتراه فأعتقه قبل أن يحضر المولى نفذ ولا سبيل عليه للمولى القديم لانه لم يبق قابلا للنقل من ملك الى ملك ولان ولاءه لزم للعتق على وجه لا سبيل الى ابطاله ولو كانت أمة فتزوجها وولدت من الزوج بلا عتق للقديم أن يأخذها وولدها الا انها بالولادة من الزوج لم تخرج عن كونها قابلة للنقل والولد جزء من عينها فيثبت له حق الاخذ بخلاف حق الواهب فى الرجوع لا يثبت فى الولد لانه حق ضعيف فى العين ألا ترى أنه لا يبقى بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لا يعدو محله والولد وإن كان جزأ فهو فى المآل هو محل آخر بخلاف حق المولى فانه قوى لا يبطل ببيعه أو هبته فيسرى الى الولد وليس له فسخ النكاح لانه يتمكن من الاخذ بلا فسخ والنكاح ألزم من سائر التصرفات فلا يتمكن من نقضه ولا سبيل للمولى على ما أخذ من عقرها وأرش جناية عليها ولو لم يزوجها المشترى فله وطؤها قبل أن يأخذها المولى وثبوت حق أخذه لا يمنع وطء المالك ولو أسروا جارية مرهونة بألف وهى قيمتها واشتراها رجل بألف أخذها مولاها الراهن بها ولم تبق رهنا لانها تاوية فى حق المرتهن فهو كالمجدد لملكها فلا يأخذها المرتهن الا أن يرد على الراهن الالف وان كان الثمن أقل من الالف كان للمرتهن أن يؤدى ذلك الثمن فتكون رهنا عنده لانه مفيد ولو أسلم على ما أخذه من مال المسلمين لا سبيل عليه للمالك القديم وكذا اذا صار ذميا وكذا اذا باعه من حربى آخر ولو خرج الينا بأمان ومعه ذلك المال لا سبيل عليه الا أنه اذا كان عبدا يجبر على بيعه من المسلمين لانه عبد مسلم ولا يمكن الحربى من اعادته الى دار الحرب واذلاله ولو أسروا جارية وديعة عند رجل أو عارية أو اجارة فحق الاخذ اذا أخرجت بشراء أو غنيمة لمالكها لان ثبوت حق الاسترداد للمالك لا لليد بخلاف الغاصب من المودع ومن ذكرنا لكل من هؤلاء الاسترداد منه لان كلا منهم قائم مقام المالك فى حفظه ولم يزل ملك المالك بالغصب بخلاف الاحراز بدار الحرب ولو كانت متزوجة لا يبطل النكاح لان غاية احرازها توجب أن يملكوها ونقل الملك لا يبطل النكاح كالبيع والتباين القاطع له ما هو تباين حقيقة وحكما والمسلمة فى دار الاسلام حكما وان كانت فى دار الحرب حقيقة

﴿ باب المستأمن ﴾

لما فرغ من بيان الاستيلاء الذى هو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع فى بيان الاستئمان لان طلب الامان انما يكون حيث يكون فيه قهر وغلبة وقدم استئمان المسلم تعظيما له وكلامه واضح (قوله والغدر حرام) دليله قوله صلى الله عليه وسلم لاصحاب السرايا ولا تغدروا

﴿ باب المستأمن ﴾

﴿ باب المستأمن ﴾

أخره عن الاستيلاء لان الاستيلاء بالقهر يكون والاستئمان بعد القهر فأورده كذلك وتقديم استئمان المسلم على الكافر ظاهر (قوله واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له أن يتعرض لشئ من أموالهم ودمائهم لانه) بالاستئمان (ضمن) لهم (أن لا يتعرض لهم) فاخلافه غدر (والغدر حرام) بالاجماع وفى سنن أبى داود عنه عليه الصلاة والسلام ان الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذه غدرة فلان وتقدم قوله عليه الصلاة والسلام لامراء الجيوش والسرايا لا تغلوا ولا تغدروا فى وصيته لهم ولهذا قلنا فيما لو

الا اذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لأنهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان أطلقوه طوعا (فان غدر بهم) أعنى التاجر (فأخذ شيأ وخرج به ملكه ملكا محظورا) لورود الاستيلاء على مال مباح الا أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثا فيه (فيؤمر بالتصدق به) وهذا لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه

اقتتلت طائفتان من أهل الحرب فى دارنا وبيننا وبين كل منهم موادعة ليس لنا أن نشترى من الطائفة الغالبة شيأ من الاموال التى غنموها لأنهم لم يملكوها لعدم الاحراز بدار الحرب فكان شراؤنا غدرا بخلاف ما لو اقتتلوا فى دار الحرب فانه يحل لنا الشراء والشرط الاحراز بدار الحرب لا بدارهم بخصوصها ولو كانوا اقتتلوا فى دار الحرب فأقول يشترط أن يحرزها الغالبون بدارهم ان كانوا لا يدينون أن من قهر آخر فى نفسه أو ماله ملكه وان كانوا يدينون فلا فانهم قالوا لو دخل مسلم دار الحرب بأمان فجاء رجل بأمه أو ابنه أو أم ولده ونحو ذلك ليبيعه منه فأكثر المشايخ على منعه وقال الكرخى ان كانوا يدينون ذلك جاز شراؤه منهم والعامة يقولون ان كانوا يدينون أن من قهر آخر ملكه فهو اذا ملك هؤلاء يعتقون عليه فيصيرون أحرارا فيمتنع بيعهم ولو جاء ببعض احرارهم قالوا ان كانوا يدينون أن من قهر شخصا ملكه جاز شراؤه منه والا لا مع أن هذا ليس فيه احراز بدار أخرى غير دار المقهور وقوله (الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ أموالهم الخ) استثناء من قوله لا يحل أن يتعرض لشئ من أموالهم ودمائهم وكذا قوله بخلاف الاسير المسلم أيضا (لانه غير مستأمن) وقد صرح به حيث قال (فيباح له التعرض وان أطلقوه) وتركوه فى دارهم (طوعا) أو أعتقوه لانه لم يستأمن وعتقهم لا عبرة به لانهم لم يملكوه فله أن يقتل من قدر عليه سيده أو غيره و يأخذ ماله و يملكه ملكا لا خبث فيه (فان غدر بهم) التاجر (فأخذ شيأ وأخرجه الى دار الاسلام ملكه ملكا محظورا لعدم ورود الاستيلاء على مال مباح) عند عدم الاحراز الا انه بسبب محرم فأورث خبثا فيه فيجب التصدق به كملك المغصوب عند الضمان وانما يملكه مع حرمة مباشرته بسبب الملك (لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد سبب الملك) كما فى البيع الفاسد وقوله (على ما بيناه) يريد ما تقدم من قوله المحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ وسبيل ما يملك بطريق محرم التصدق به حتى لو كان المأخوذ غدرا جارية لا يحل له وطؤها ولا للمشترى منه بخلاف المشتراة شراء فاسدا فان حرمة وطئها على المشترى خاصة وتحل للمشترى منه لان المنع فيه لثبوت حق البائع فى الاسترداد وببيع المشترى انقطع حقه ذلك لانه باع بيعا صحيحا فلم يثبت له حق الاسترداد وهنا الكراهة للغدر والمشترى الثانى كالاول فيه أما لو سبى قوم أهل الدار التى هو فيها جاز له أن يشتريهم من السابى لانهم ملكوهم بالاحراز وهم كانوا على أصل الاباحة فى حقه وانما منعه الغدر وليس ذلك غدرا ﴿ فرع نفيس من المبسوط ﴾ لو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التى فيهم المسلم المستأمن لا يحل له قتال هؤلاء الكفار الا إن خاف على نفسه لان القتال لما كان تعريضا لنفسه على الهلاك لا يحل الا لذلك أو لاعلاء كلمة الله وهو اذا لم يخف على نفسه ليس قتاله لهؤلاء الا إعلاء الكفر ولو أغار أهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين فاسروا ذراريهم فمروا بهم على أولئك المستأمنين وجب عليهم أن ينقضوا عهودهم و يقاتلوهم اذا كانوا يقدرون عليه لأنهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم فى أيديهم تقرير على الظلم ولم يضمنوا ذلك لهم بخلاف الاموال لأنهم ملكوها بالاحراز وقد ضمنوا لهم أن لا يتعرضوا لأموالهم وكذا لو كان المأخوذون ذرارى الخوارج لانهم مسلمون ومن فروعه لو تزوج فى دار الحرب منهم ثم أخرجها الى دار الاسلام قهرا ملكها فينفسخ النكاح و يصح بيعه فيها وان طاوعته فخرجت طوعا معه لا يصح بيعها لانه لم يملكها واعلم أنهم أخذوا فى تصويرها ما اذا أضمر فى نفسه أنه يخرجها ليبيعها ولا بد منه فانه لو أخرجها كرها لا لهذا الغرض بل

لاعتقاده

وقوله (بخلاف الاسير) يعنى أن الغدر ليس بحرام عليه فان الاسراء اذا تمكنوا من قتل قوم من أهل الحرب غيلة وأخذ أموالهم وفعلوا ذلك وخرجوا الى دار الاسلام ولا منعة لهم فكل من أخذ شيأ فهو له خاصة (فيباح لهم التعرض وان أطلقوهم طوعا) لانه لم يستأمن صريحا حتى يكون غادرا بأخذ أموالهم (قوله ملكه ملكا محظورا) أى خبيثا حتى لو كانت جارية كره للمشترى أن يطأها لانه قائم مقام البائع و وطؤها للبائع كان مكروها فكذا المشترى (قوله وهذا) اشارة الى قوله ملكه ملكا محظورا يعنى أن مال أهل الحرب مباح فى نفسه والحظر لمعنى فى غيره وهو الامان فلا يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء (على ما بيناه) يعنى فى أوائل باب استيلاء الكفار بقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ

(واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربى أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج الينا واستأمن الحربى لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشئ) أما الادانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من أفعاله وانما التزم ذلك فى المستقبل وأما الغصب فلأنه صار ملكا للذى غصبه واستولى عليه لصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا (ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما ولم يقض بالغصب) أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضى والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام وأما الغصب فلما بينا أنه ملكه ولا خبث فى ملك الحربى حتى يؤمر بالرد (واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه) أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه وأما الامر بالرد ومراده الفتوى به فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد

لاعتقاده أن له أن يذهب بزوجته حيث شاء اذا أوفاها معجل مهرها ينبغى أن لا يملكها (قوله واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربى أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه) مالا (ثم خرج المسلم (الينا واستأمن الحربى) فخرج أيضا مستأمنا (لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشئ أما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة) على واحد منهما (ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم أحكام الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم فى المستقبل) ولكن يفتى بأنه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى وهذا قاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم ولذا قال أبو يوسف يقضى على المسلم وعموم عدم القضاء كما فى الهداية قول أبى حنيفة ومحمد واستشكل قولهما بأن المسلم ملتزم أحكام الاسلام مطلقا وصار كما لو خرجا مسلمين وكون أبى حنيفة اعتبر ديانة كل منهما عند القضاء وأيضا مما يحتاج الى موجب وأجاب فى الكافى بأن ذلك للتسوية بين الخصمين ولا يخفى ضعفه فان وجوب التسوية بينهما ليس فى أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب ابطال حق الآخر بموجب بل انما ذلك فى الاقبال والاقامة والاجلاس ونحو ذلك والادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين (وأما) أنه لا يقضى با(لغصب) لكل منهما (فلانه صار ملكا للذى غصبه) سواء كان الغاصب كافرا فى دار الحرب أو مسلما مستأمنا (على ما بينا) أى فى باب استيلاء الكفار من أن الاستيلاء ورد على مال مباح لأن الفرض ان كلا منهما خرج الى دار الاسلام وفى غصب المسلم اذا دخل واحد أو اثنان مغيرين دار الحرب الخ الا أن المسلم المستأمن الغاصب لمال الحربى يؤمر بالرد افتاء لا قضاء لترتفع معصية الغدر وفى كلام المصنف اشارة اليه كما ترى (وكذا لو كانا حربيين فعلا ذلك) أى أدان أحدهما صاحبه أو غصبه (ثم خرجا) الينا (مستأمنين لما قلنا فان خرجا مسلمين) وقد أدان أحدهما الآخر أو غصبه (يقضى بالدين بينهما خاصة دون الغصب) أما (القضاء بالمداينة) أى بالدين (فلانها) حين وقعت (وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضى والولاية ثابتة حالة القضاء لاعترافهما بأحكام الاسلام) ولا ترجيح لاحدهما على الآخر اذ لم يقض لاحدهما دون الآخر بل سوينا بينهما وعلى قول أبى يوسف لا يحتاج الى هذه العلاوة اذ يقضى للحربى على المسلم على قوله كما ذكرنا آنفا (وأما الغصب) فانما لا يقضى به لا تلافه فيما ملكه (ولا خبث فى ملك الحربى ليؤمر بالرد) وفيه اشارة الى ما قدمناه ذكرها (قوله واذا دخل المسلم فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين الخ) عرف أحكامها مما تقدم

(واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربى) أى باع بالدين فان الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين (قوله ولا ولاية وقت الادانة أصلا) أى لا على المسلم ولا على الحربى (ولا وقت القضاء على المستأمن) وهو ظاهر واذا لم (٣٤٩) يقض على الحربى لم يقض على المسلم أيضا تحقيقا للتسوية بينهما وقوله (وأما الغصب فلأنه صار ملكا للذى غصبه) أى سواء كان الغاصب كافرا فى دار الحرب أو مسلما مستأمنا فيهم الا ان مال كل واحد منهما كان مباحا وقت الغصب فى حقه فملكه بالغصب الا ان الغاصب ان كان هو المسلم يفتى برد المغصوب على المالك ولا يقضى عليه لانه لما دخل دارهم بأمان التزم أن لا يغدر بهم وفى أخذ أموالهم على هذا الوجه غدر وقوله (على ما بينا) يعنى فيما تقدم وأما غصب الكافر فقد ذكر فى مسئلة الاستيلاء بقوله ان الاستيلاء ورد على مال مباح وأما غصب المسلم فقد ذكره فيما اذا دخل واحد أو اثنان مغيرين بغير اذن الامام فأخذوا شيأ فانهم يملكونه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله من قبل ان القضاء يعتمد الولاية الخ وقوله (ولو خرجا مسلمين) ظاهر وقوله (فغصب حربيا) أى غصب شيأ من حربى وليس هذا منحصرا فى خروجهما مسلمين بل لو خرج المسلم الغاصب والحربى مستأمنا فالحكم كذلك

قال المصنف (فأدانه حربى الخ) أقول وفى المصادر الادانة وام دادن اه وفى النهاية الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين وقولهم ادّان بالتشديد من باب الافتعال أى قبل الدين اه (قوله وأما غصب الكافر الى قوله فانهم يملكونه) أقول وكذا فى النهاية وفيه بحث قال المصنف (واذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا) أقول أى مال حربى على حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه

(واذادخل مسلمان دارالحرب بأمان فقتل أحدهماصاحبه عمداأوخطأفعلى القاتل الدية فى ماله وعليه الكفارة فى الخطا) أما الكفارة فلاطلاق الكتاب وأماالدية فلأن العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لاتبطل بعارض الدخول بالامان وانمالايجب القصاص لانه لايمكن استيفاؤه الابمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك فى دارالحرب وانماتجب الدية فى ماله فى العمد لأن العواقل لاتعقل العمد وفى الخطا لانه لاقدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها (وان كاناأسيرين فقتل أحدهماصاحبه) أوقتل مسلم تاجرأسيرا (فلاشئ على القاتل الا الكفارة فى الخطا عند أبى حنيفة

(قوله واذادخل مسلمان دارالحرب بأمان فقتل أحدهماصاحبه عمداأوخطأفعلى القاتل عمدا الدية فى ماله) ولا كفارة عليه (وعلى القاتل خطأ الدية فى ماله) أيضا (وعليه الكفارة) هكذا فى عامة النسخ من شروح الجامع الصغير بلاذكر خلاف وذكر قاضيخان فى الجامع الصغير أن هذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد عليه القصاص فى العمد كقول الشافعى ومالك وأحمد لأنه قتل شخصا معصوما بالاسلام عدوانا وظلما وذلك موجب للقصاص وكونه فى دارالحرب لاأثر له فى سقوط ذلك عندالله تعالى ولابى حنيفة أنه مكثرسوادهم من وجه ولو كثره من كل وجه بأن كان متوطنا هنالك لايكون معصوما فاذا كان مكثرا من وجه تمكنت الشبهة فى قيام العصمة فلايجب القصاص وذكر شمس الائمة القصاص فى العمد عن أبى يوسف من رواية الاملاء لان المسلم حيث كان هو من أهل دارالاسلام لاينتقض احرازه نفسه بذلك والقصاص حق للولى ينفرد باستيفائه من غير حاجة الى ولاية الامام ووجه الظاهر يندرج فيما سنذكر قال المصنف (أما الكفارة) يعنى فى الخطا (فلاطلاق الكتاب) يعنى قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة (و) جوب الدية (لان العصمة الثابتة بالاحراز بدارالاسلام لاتبطل بعارض الدخول) الى دارالحرب (بالامان وانمالايجب القصاص) فى العمد (لانه لايمكن استيفاؤه الابمنعة ولامنعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك فى دارالحرب) فلافائدة فى الوجوب واذاسقط القصاص وجبت الدية لانه بسقوطه بعارض مقارن للقتل ينقلب كقتل الرجل ابنه ولايخفى أن المراد أنه ليس على الامام اقامته اذاطلب الولى تمكينه منه ولايحل لولى المقتول قتل القاتل اذاقدرعليه لأن القتل لم ينعقد سببا موجبا للقصاص وهو مشكل لأن كون الولاية قاصرة وقت السبب لاتمنع من القضاء عند الطلب اذا كانت ثابتة عنده كما لورفع الى قاض مطالبة بثمن مبيع صدر البيع فيه قبل ولاية القاضى فان ولايته منعدمة عند السبب وعليه أن يقضى بالثمن عند المرافعة لان العصمة المؤثمة بالاسلام قائمة والقتل العمد العدوان ثابت وهو السبب والمانع وهو استيفاء الامام منتف لماذكر عن أبى يوسف أن الاقامة ينفرد بها الولى فمنعه منه خلاف الدليل فالاقرب ماتقدم من ثبوت الشبهة المسقطة للقصاص بتكثير سوادهم من وجه على مافيه اذتمنع كون ذلك شبهة توجب السقوط أوأن دارالحرب دار اباحة فالكون فيها شبهة درائة وقد يقال ان قلتم انها دار اباحة للقتل مطلقا فممنوع أوقتل الكافر فيه فلايفيد ويجاب بأن كونها دار اباحة له فى الجملة كاف ألاترى أن من قتل رجلا قال له اقتلنى لاقصاص عليه مع أن اباحة الشرع قتله لم تحصل بقوله ذلك بل اباحة من جهته وقد جعل ذلك مانعا الاأن تمنع عدم القصاص فى قوله اقتلنى فان قيل ماذكرتم مخالف لاطلاق قوله تعالى كتب عليكم القصاص والنفس بالنفس فالجواب أنه عام مخصوص بالقتل خطأ فانه قتل وليس يجب فيه قصاص ونحو ذلك فجاز تخصيصه بالمعنى أيضا قال (وانماتجب الدية فى ماله فى العمد لان العواقل لاتعقل العمد وفى الخطا) انما تجب أيضا فى ماله لان وجوبها على العاقلة بتركهم وتقصيرهم فى حفظ القاتل ومنعه من ذلك ولا تقصير منهم فى ذلك انما كان فى دارالحرب (قوله وان كانا) أى المسلمان (أسيرين فقتل أحدهماصاحبه أو قتل مسلم تاجرأسيرا فلاشئ على القاتل) من أحكام الدنيا (الا الكفارة فى الخطا عند أبى حنيفة) وانما

وقوله (فعلى القاتل الدية فى ماله) يعنى فى العمد والخطا هكذا ذكره من غير خلاف فى عامة النسخ وذكر الامام قاضيخان ان هذا الحكم قول أبى حنيفة رضى الله عنه ثم قال وقال أبو يوسف ومحمد عليه القصاص فى العمد لانه قتل شخصا معصوما ليس من أهل دارالحرب فيجب بقتله مايجب به فى دارالاسلام ولابى حنيفة رضى الله عنه أن تكثير سوادهم من كل وجه بتوطنه فيهم كان يسقط العصمة فتكثيره من وجه يورث الشبهة فيسقط القصاص وقوله (أما الكفارة فلاطلاق الكتاب) يعنى قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة (وأما الدية فلأن العصمة الثابتة بالاحراز بدارالاسلام لاتبطل بعارض الدخول بالامان) لانه لما كان على قصد الرجوع كان كأنه فى دارالاسلام تقديرا حتى ان المستأمن منهم لما كان على قصد الرجوع كان فى دارالحرب حتى لايقتل الذمى به وكان القياس وجوب القصاص الاأنه لم يجب لماذكر فى الكتاب وهو واضح

وقالا في الاسيرين الدية في الخطا والعمد) لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابى حنيفة أن بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في أيديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز أصلا وصار كالمسلم الذى لم يهاجر إلينا وخص الخطأ بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا

﴿ فصل ﴾ قال (واذا دخل الحربى الينا مستأمنا لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية) والاصل أن الحربى لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق أو الجزية لأنه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمى لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما للجزية فيصير ذميا

عليه عقاب الآخرة في العمد (وقالا في الاسيرين الدية في الخطا والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بالاستئمان على ما بيناه) يعنى من قوله لأن العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان فكان الاسيران كالمستأمنين (و) أما (امتناع القصاص فلعدم المنعة) كما ذكرنا (وتجب الدية في ماله لما قلنا) أن العواقل لا تعقل العمد هذا وقياس ما نقل قاضيخان عنهما في المسلمين المستأمنين من وجوب القصاص في العمد أن يقولا به في الاسيرين لان الوجه يعمهما (ولابى حنيفة) وهو الفرق بين الاسيرين والمستأمنين (أن بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في أيديهم حتى يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز أصلا) لأن الاصل غير معصوم فكذا تبعه (وصار كالمسلم الذى لم يهاجر الينا) في سقوط عصمته الدنيوية بجامع كون كل منهما مقهورا في أيديهم (و) انما (خص الكفارة بالخطا لأنه لا كفارة في العمد عندنا) كما يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى هذا والاقرب أن يجرى فيهما حديث الشبهة كما تقدم على ما فيه

(فصل) (قوله واذا دخل الحربى الينا مستأمنا لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة) ثم يرجع (بل يقول له الامام ان أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية وأصل هذا أن الحربى لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او بالجزية لانه يصير عينا لهم) أى جاسوسا (وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لأن في منعها قطع الميرة والجلب) وهو ما يجلب من حيوان وغيره (ففصلنا بين الدائمة واليسيرة بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فان رجع قبلها فلا سبيل عليه وان أقامها بعد تقدم الامام اليه) أى قوله له ما يعتمده في ضرب الجزية عليه (صار ذميا فلا يمكن بعدها من العود الى داره (لان عقد الذمة لا ينقض اذ فيه قطع الجزية وتصييره وولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين) ولا يؤخذ منه جزية للسنة التى أقامها الا ان قال له ان أقمت أخذت منك الجزية وقوله بعد تقدم الامام يفيد اشتراط تقدم الامام اليه في منعه من العود اذا أقام سنة وبه صرح العتابى فقال لو أقام سنين من غير أن يتقدم اليه الامام فله الرجوع قيل ولفظ المبسوط يدل على أن تقدم الامام ليس شرطا لصيرورته ذميا فانه قال ينبغى للامام ان يتقدم اليه فيأمره الى أن قال وان لم يقدر له مدة فالمعتبر الحول وليس بلازم

وقوله (على ما بينا) اشارة الى أن العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان العواقل لا تعقل العمد وقوله (ولابى حنيفة رضى الله عنه أن بالاسر صار تبعا لهم) يعنى وأهل الحرب أصول والاصول غير معصومين فكذلك الاتباع (قوله ولهذا) توضيح للتبعية وقوله (فيبطل به الاحراز أصلا) أى يبطل الاحراز بالعصمة المقومة بالكلية (وصار كالمسلم الذى لم يهاجر الينا) بجامع تبعية أهل الدار بالتوطن فلم تجب الدية لانها مبنية على تلك العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهى بالاسلام

﴿ فصل ﴾ فصل هذه المسائل عما قبلها لاختلاف أحكامها وكلامه ظاهر والعين هو الجاسوس والعون الظهير على الامر والجمع الاعوان والميرة الطعام يمتاره الانسان من مار يمير والجلب والاجلاب الذين يجلبون الابل والغنم للبيع وقوله (بعد تقدم الامام) يقال تقدم اليه الامير بكذا أو في كذا اذا أمره به

﴿ فصل واذا دخل الحربى الخ ﴾ قال المصنف (واذا دخل الحربى الينا مستأمنا لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة) أقول قال العلامة الكاكى في فتاوى العتابى لو أقام سنين من غير أن يتقدم اليه الامام فله ان يرجع اه وفى النهاية لفظ المبسوط يدل على أن تقدم الامام ليس بشرط لصيرورة الحربى المستأمن ذميا عند اقامته تمام السنة في دار الاسلام بل يصير ذميا اذا أقام سنة فيها وان لم يتقدم اليه الامام بقوله ان أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية اه وقول المصنف (لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام الخ) يشير الى اشتراط التقدم فلعل فيه روايتين فليتدبر (قوله والجلب والاجلاب الخ) أقول الجلب فعل بمعنى مفعول صرح به نقلة اللغة وما ذكره الشارح مع انه خلاف المنقول لا يناسب للميرة

وقوله (وللامام أن يؤقت فى ذلك مادون السنة) يعنى ان تقدير الحول ليس بلازم بل لو قدر الامام أقل من ذلك على حسب مايراه جاز لكن ان لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول (فاذا أقام بعد ذلك فى دارنا يصير ذميا) قال الامام قاضيخان فاذا مضت سنة بعد مضى المدة المضروبة كان عليه الخراج لانه انما يصير ذميا بمجاوزة المدة المضروبة فيعتبر الحول بعد ماصار ذميا الا أن يكون شرط عليه أنه اذا جاوز السنة يأخذ الخراج فحينئذ يأخذ منه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام صار ملتزما للجزية وقوله (فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمى) قال فى النهاية وكذلك لو لزمه عشر فى قياس قول محمد بان اشترى أرضا عشرية لانهما جميعا من مؤن الارض (لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس) اذ كل واحد منهما من أحكام دارنا فلما رضى بوجوب الخراج عليه رضى أن يكون من أهل دارنا وقوله (فتعتبر المدة من وقت وجوبه) أى وجوب الخراج (وقوله فى الكتاب) أى فى الجامع الصغير (فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمى تصريح من محمد بشرط الوضع) أى بأن وضع الخراج عليه شرط فى جعله ذميا والمراد من وضع الخراج التزام خراج أرض بمباشرة سببه وهو الزراعة أو تعطيلها عنها مع التمكن ودلت المسئلة على انه لا يصير ذميا بمجرد الشراء ومن المشايخ من قال يصير ذميا بنفس الشراء لانه لما اشترى أرض خراج وحكم الشرع فيها وجوب الخراج صار ملتزما حكما من أحكام الاسلام كذا ذكره قاضيخان وليس بصحيح لما أشار اليه المصنف من قوله لانه قد يشتريها للتجارة وقوله وهو (فيتخرج عليه) أى على أن الوضع شرط (أحكام جمة فلا تغفل عنه) أى عن شرط الوضع وهى المنع من الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم ووجوب الضمان فى اتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية بقتله خطأ وهذه الاحكام انما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله وبوضع الخراج يصير ذميا فلذلك يجب ان لا يغفل عن شرط الوضع

وللامام أن يؤقت فى ذلك مادون السنة كالشهر والشهرين (واذا أقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا) لما قلنا (ثم لا يترك أن يرجع الى دار الحرب) لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين (فان دخل الحربى دارنا بأمان واشترى أرض خراج فاذ وضع عليه الخراج فهو ذمى) لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ملتزما المقام فى دارنا أما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله فى الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمى تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه أحكام جمة فلا تغفل عنه

لانه يصدق بقوله ان أقمت طويلا منعتك من العود فان أقام سنة منعه وفى هذا اشتراط التقدم غير أنه لم يوقت له مدة خاصة والوجه أن لا يمنعه حتى يتقدم اليه ولا أن يوقت مدة قليلة كالشهر والشهرين ولا ينبغى أن يلحقه عسر بتقصير المدة جدا خصوصا اذا كان له معاملات يحتاج فى اقتضائها الى مدة مديدة ﴿فروع﴾ لو مات المستأمن فى دار الاسلام عن مال وورثته فى دار الحرب وقف ماله لورثته فاذا قدموا فلا بد أن يقيموا البينة على ذلك فيأخذوا فان أقاموا بينة من أهل الذمة قبلت استحسانا لانهم لا يمكنهم اقامتها من المسلمين لان أنسابهم فى دار الحرب لا يعرفها المسلمون فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فاذا قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم دفع اليهم المال وأخذ منهم كفيلا لما يظهر فى المال من ذلك قيل هو قولهما الاول أبى حنيفة كما فى المسلمين وقيل بل هو قولهم جميعا ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت انه كتابه واذا رجع الى دار الحرب لا يمكن ان يرجع معه بسلاح اشتراه من دار الاسلام بل بالذى دخل به فان باع سيفه واشترى به قوسا أو نشابا أو رمحا لا يمكن منه وكذا لو اشترى سيفا أحسن منه فان كان مثل الاول أو دونه مكن منه ومن وجد فى دارنا بلا أمان فهو وما معه فىء فان قال دخلت بأمان لم يصدق وأخذ ولو قال أنا رسول فان وجد معه كتاب يعرف انه كتاب ملكهم بعلامة تعرف بذلك كان آمنا فان الرسول لا يحتاج الى أمان خاص بل بكونه رسولا يأمن وان لم يعرف فهو زور فيكون هو وما معه فيأ واذا دخل دار الاسلام بلا أمان فأخذه واحد من المسلمين لا يختص به عند أبى حنيفة بل يكون فيأ لجماعة المسلمين وهو رواية بشر عن أبى يوسف وظاهر قول أبى يوسف وهو قول محمد يختص به ولو دخل الحرم قبل أن يؤخذ فعند أبى حنيفة يؤخذ ويكون فيأ للمسلمين وعلى قولهما الاول لكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤذى حتى يخرج (قوله وان دخل الحربى دارنا بأمان واشترى أرض خراج فاذا وضع عليه الخراج صار ذميا) وكذا لو اشترى عشرية فانها تستمر عشرية على قول محمد فانها وظيفة مستمرة وعلى قول أبى حنيفة تصير خراجية فتؤخذ منه جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج وتثبت أحكام الذمى فى حقه من منع الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره اذا أتلفه ووجوب الدية عليه اذا قتله خطأ ووجوب كف الاذى عنه فتحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم فضلا عما يفعله السفهاء من صفعه وشتمه فى الاسواق ظلما وعدوانا وهذه الاحكام الجمة التى نبه عليها المصنف والجم الكثير والمراد بوضع الخراج الزامه به وأخذه منه عند حلول وقته ومنذ باشر السبب

(واذا دخلت حربية بأمان فتزوجت ذميا صارت ذمية) لانها التزمت المقام تبعا للزوج (واذا دخل حربى بأمان فتزوج ذمية لم يصر ذميا) لانه يمكنه أن يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام (ولو أن حربيا دخل دارنا بأمان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمى أو دينا فى ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود) لانه أبطل أمانه (وما فى دار الاسلام من ماله على خطر فان أسر أو ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيأ) أما الوديعة فلانها فى يده تقديرا لأن يد المودع كيده فيصير فيأ تبعا لنفسه وأما الدين فلأن اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه أسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط (وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته) وكذلك اذا مات لأن نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لأن حكم الامان باق فى ماله فيرد عليه أو على ورثته من بعده قال (وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف فى مصالح المسلمين كما يصرف الخراج)

وهو زراعتها أو تعطيلها مع التمكن منها اذا كانت فى ملكه أو زراعتها بالاجارة وهى فى ملك غيره اذا كان خراج مقاسمة فانه يؤخذ منه لامن المالك فيصير به ذميا بخلاف مالو كانت الارض التى استأجرها خراجها على مالكها فانه لا يصير ذميا اذا دخل وقت الاخذ لعدم الاخذ منه وكذا اذا أخذ منه العشر على قول محمد ولا يظن بوضع الامام وتوظيفه ان يقول وظفت على هذه الارض الخراج ونحوه ولأن الامام قط لا يقول فى كل قطعة أرض كذلك بل الخراج من حين استقر وظيفة للأراضى المعلومة استمر على كل من صارت اليه نعم لا يصير ذميا بمجرد شرائها كما قيل لأنه به التزمه لانه غير لازم لجواز أنه اشتراها للتجارة فلا يحكم بالذمة عليه بمجرده حتى يزول هذا الاحتمال باستمرارها فى يده حتى يؤخذ منه الخراج بتعطيلها أو زراعتها (قوله واذا دخلت حربية دارنا بأمان فتزوجت ذميا صارت ذمية) ففى تزوجها مسلما أولى وعكسه مالو دخل حربى فتزوج ذمية لا يصير ذميا كما قال به الأئمة الثلاثة فى الحربية أيضا قياسا على الرجل ونحن بينا الفرق بأن تزوجه ليس دلالة التزامه المقام فان فى يده طلاقها والمضى عنها بخلافها فحين أقدمت عليه كانت ملتزمة بما يأتى منه ومنه عدم الطلاق ومنعها من الخروج الى دارها فتصير ذمية فيوضع الخراج على أرضها ونحو ذلك (قوله ولو أن حربيا دخل دارنا بأمان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمى أو دينا فى ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود وما فى دار الاسلام من ماله) له مادام حيا وان مات فهو لورثته وكذا اذا قتل من غير أن يظهر على دارهم كما اذا مات فى دار الاسلام لان ماله مشمول بأماننا مادام فى دارنا وبه قال الشافعى وأحمد رحمهما الله فان قيل ينبغى أن يصير فيأ كما اذا أسلم الحربى فى دار الاسلام وله وديعة عند مسلم فى دار الحرب ثم ظهر على دارهم تكون فيأ ولا تكون يد المودع كيده فى دار الاسلام أجيب بالفرق بأن ما فى دار الحرب معصوم من وجه لامن كل وجه فان دار الحرب دار اباحة لاعصمة فلا يصير معصوما بالشك بخلاف ما فى دار الاسلام تثبت من كل وجه فيبقى الى أن يثبت المزيل وهو أن يصير نفسه مغنوما وذلك بأن يؤسر أو يظهر على داره فيقتل فحينئذ تصير الوديعة فيأ لعامة المسلمين توضع فى بيت المال لأنها فى يده تقديرا فاذا غنم غنمت بخلاف ماله من الوديعة فى دار الحرب عند المسلم لانها ليست فى يده كذلك بل من وجه كما ذكرنا ثم هذا ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أنها يختص بها المودع لما ذكره المصنف فى الدين وأما الدين فيسقط عن فى ذمته لان ثبوت يده عليه منتف اذ قد صار ملكا للمديون وانما هى ثابتة باعتبار ثبوت حق المطالبة وقد سقطت باستغنامه فيسقط الدين واذا حققت هذا ظهر لك أن اختصاص المديون به ضرورى غير محتاج الى تعليله بأنه سبقت يده اليه (قوله وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال) أى ما أعملوا خيلهم وركابهم فى تحصيله بلا قتال والوجف والوجيف ضرب من سير الابل والخيل ويقال وجف البعير وجفا ووجيفا وأوجفته اذا حملته على الوجيف (يصرف فى مصالح المسلمين كما يصرف الخراج)

وقوله (واذا دخلت حربية بأمان) ظاهر وكذا عكسه وكذلك قوله (ولو أن حربيا دخل دارنا بأمان) خلا أن قوله لان يد المودع كيده منقوض بما اذا أسلم الحربى فى دار الاسلام وله وديعة عند مسلم فى دار الحرب ثم ظهر على الدار فانها تكون فيأ فلم تكن يد المودع كيد المودع وأجيب بأن يد المودع كيد المودع اذا اتفقا عصمة وقت الايداع وفى صورة النقض ليس كذلك لان دار الحرب ليست دار عصمة قال (وما أوجف المسلمون عليه) يقال وجف الفرس أو البعير عدا وجيفا وأوجفه صاحبه ايجافا وقوله (وما أوجف المسلمون عليه) أى أعملوا خيلهم وركابهم فى تحصيله والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطن أو الاخراج يقال جلا السلطان القوم عن أوطانهم وأجلاهم فجلوا أى أخرجهم فخرجوا كلاهما يتعدى ولا يتعدى

قال المصنف (وما أوجف عليه المسلمون من أموال أهل الحرب) أقول أنت خبير بأن هذه المسئلة ليست مما يتعلق بالمستأمن

قالوا هو مثل الاراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ماروى أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ماذكرناه فلا معنى لايجاب الخمس (واذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا أو بعضه حربيا أو بعضه مسلما فأسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء)

وكذا الجزية في عمارة القناطر والجسور وسد الثغور وكري الانهار العظام التي لا ملك لأحد فيها كجيحون والفرات ودجلة والى ارزاق القضاة والمحتسبين والمعلمين والمقاتلة وحفظ الطريق من اللصوص فلا يختص به ولا شيء منه أحد (قالوا هو مثل الاراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي فيهما) وفي بعض النسخ فيها أي الارض والجزية والخراج الذي تقدم ذكره في قوله كما يصرف الخراج ويقال أجلى السلطان القوم وجلاهم يتعدى بلا همزة أي أخرجهم فجلوا أي خرجوا وأجلى القوم أيضا خرجوا فكل من ذي الهمزة وعدمها يتعدى ولا يتعدى ومذهب الشافعي أن كل ما أخذ من الكفار بلا قتال عن خوف أو أخذ منهم للكف عنهم يخمس وما أخذ من غير خوف كالجزية وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له ففي القديم لا يخمس وهو قول مالك وفي الجديد يخمس ولأحمد في الفيء روايتان الظاهر منهما لا يخمس ثم هذا الخمس عند الشافعي يصرف الى من يصرف اليه خمس الغنيمة عنده على ما مر وذكروا أن قوله في الجزية مخالف للاجماع قال الكرخي ما قال به أحد قبله ولا بعده ولا في عصره ووجه قوله القياس على الغنيمة بجامع أنه مال مأخوذ من الكفار عن قوة من المسلمين واستدل المصنف بفعله عليه الصلاة والسلام فانه أخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران وفرض الجزية على أهل اليمن على كل حالم دينارا ولم ينقل قط في ذلك أنه خمسه بل كان بين جماعة المسلمين ولو كان لنقل ولو بطريق ضعيف على ماقضت به العادة ومخالفة ماقضت به العادة باطل فوقوعه باطل بل قد ورد فيه خلافه وان كان فيه ضعف أخرجه أبو داود عن ابن لعدي بن عدي الكندي أن عمر ابن عبد العزيز كتب الى من سأله عن مواضع الفيء أنه ما حكم به عمر بن الخطاب فرآه المؤمنون عدلا موافقا لقول النبي صلى الله عليه وسلم جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه فرض الأعطية وعقد لأهل الأديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب فيها بخمس ولا مغنم وأما ما في السنن عن عمر كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصة ينفق على أهل بيته قوت سنة فما بقي جعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله فمعناه أن التصرف فيها كان اليه كيف شاء بل يؤيد ماذكرنا أن مصارف بيت المال اذ ذاك لم تكن أكثر من نفقة الأئمة وآلات الجهاد من الكراع والسلاح ونفقته هو عليه الصلاة والسلام اذ لم يكن اذ ذاك قضاة ولا جسور ولا قناطر وأما نفقة الفقراء المهاجرين فنحن نقطع بأنه كان يفعل ما تحققت له أدنى قدرة عليه وأما القياس ففي تقرير المصنف دفعه وهو قوله (ولأنه مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بكل من مباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحق الباقي للغانمين بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ماذكرنا) من الرعب الخالي عن القتال فلم يكن لأبعاضه مستحقون بجهتين بل استحقاقه بجهة واحدة (قوله واذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فأسلم هنا) أي في دار الاسلام (ثم ظهر) على البناء للمفعول (على دارهم فذلك كله فيء

وقوله (والجزية) بالجر عطف على قوله الاراضي أي هو مثل الاراضي التي أجلوا عنها أهلها ومثل الجزية وقوله (وقال الشافعي رضي الله عنه فيهما) أي في الاراضي التي أجلوا عنها أهلها وفي الجزية وفي بعض النسخ فيها أي في الاراضي والجزية والخراج (قوله ولانه) أي ولان ما أوجف عليه المسلمون من المال وقوله (من غير قتال) يعني بل بوقوع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين (بخلاف الغنيمة لانه) أي الغنيمة بتأويل المغنوم (مملوك) بسببين وهما مباشرة الغانمين وقوة المسلمين (فاستحق الخمس بمعنى) وهو الرعب (واستحق الغانمون الباقي بمعنى) وهو مباشرة الغانمين القتال (وفي هذا) أي فيما أوجف المسلمون عليه (السبب واحد وهو ماذكرناه) يعني قوله انه مال مأخوذ بقوة المسلمين فلا معنى لايجاب الخمس

(قوله لما قلنامن قبـل) أى فى باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته فىء لانها كافرة حربية الخ وقوله (وأما أولاده الصغار) ظاهر
(قوله وما كان من مال أودعه مسلما أوذميا) انما قيد بالايداع لانه اذا كان غصبا فى أيديهما يكون فيأ لعدم النيابة (قوله فلما قلنا)
اشارة الى قوله حربيون كبار وليسوا بأتباع (قوله واذا أسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم (٣٥٥) عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هنالك

أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر لأنهم حربيون كبار وليسوا بأتباع وكـذلك ما فى بطنها لو كانت حاملا لما قلنامن قبـل وأما أولاده الصغار فلأن الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام أبيه اذا كان فى يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقـق ذلك وكذا أمواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقى الكل فيأ وغنيمـة (وان أسـلم فى دار الحرب ثم جاء فظهر عـلى الدار فأولاده الصغار أحرار مسلمون) تبعا لأبيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين أسـلم اذ الدار واحـدة (وما كان من مال أودعه مسلما أو ذميا فهوله) لأنه فى يد محترمـة ويده كيـده (وما سوى ذلك فىء) أما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا وأما المال الذى فى يد الحـربى فـلأنه لم يصر معصوما لأن يد الحربى ليست يدا محـترمة (واذا أسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم عمـدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هنالك فـلا شىء علـيـه الا الكفارة فى الخطا) وقال الشافعى تجب الدية فى الخطا والقصاص فى العمد لأنه أراق دما معصوما (لوجود العاصم وهو الاسلام) لكونه مستجلبا للكرامـة وهـذا لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها وهى ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فتتعلق بما علق به الاصـل

أما المرأة والاولاد الكبار فانهـم حربيون وليسوا بأتباع) للـذى خرج لانهم كبار (وكـذا ما فى بطنها لو كانت حامـلا) يكون فيأ مرقوقا (لما قلنا) فى باب قسمـة الغنائم مـن أنه جزؤها (وأما أولاده الصـغار فـلأن الصـغير انما يصـير مسلما تبعا لاسـلام أبيـه اذا كان فى يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا أمواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه) بالاسلام (لاختلاف الدارين فبـقى الكل فيأ فاما اذا أسلم فى دار الحرب ثم جاء) الينا (فظهر على الدار) وباقى الصورة بحالها (فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعا لأبيهم لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسـلم) ولو كان فى بلدة أخرى غير البلدة التى هـم فيهما (اذ الدار واحدة وما كان له من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو سالم له لانه فى يد محترمـة و يده كيـده) لأنه نائب عنـه فى الحفظ بخـلاف ما لو كان فى يدهما غصبا فانه يكون فيأ لعدم النيابة وعند أبى يوسف ومحمد يجب أن لا يكون فيأ الا ما كان من غصب عنـد حربى وهو قول الأئمـة الثلاثة وتقدمت هاتان المسئلتان مع أخريين فى باب الغنائم مستوفى (قوله واذا أسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون) صالحون لاستيفاء القصاص والدية (فلا شىء على القاتل الا الكفارة فى الخطا وقال الشافعى تجب الدية فى الخطا والقصاص فى العمـد) وهو قول مالك وأحـمد (لأنه أراق دما معصوما) بالاسلام (لكون الاسـلام مستحقا للكرامة وهذا لأن العصمة أصلها) العصمة (المؤثمة لحصول أصـل الزجر بها) أى بالعصمـة ولو قال به أى بالاثم لكان أحسن (و) العصمة (المقومة كمال فيه) أى فى أصل العصمة (لكمال الامتناع به) أى بالتقوم عـلى المنتهك لها (فتعلق) هـذه العصمة (بما علق به الاصل) أعنى المؤثمة وقال النبى صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم فتنصرف العصمـة الى كمالها وذلك بالمقومة والمؤثمة ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فانه فى القتل الخطا ولم يسـتدل على منع القصاص فى العمد اكتفاء بما ذكر فى المسئلة من دلالة الآية لانه تعالى أفاض فى تفاصـيل موجبات القتل الخطا فقال سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمـة الى أهله الا أن يصدقوا فأوجب الدية والكفارة ثم قال فان كان

فلا شىء عليه الا الكفارة فى الخطا وقال الامام الشافعى رضى الله عنـه تجب الدية فى الخطـا والقصـاص فى العمد لأنه أراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة) وتحقيقه أن العصمة تثبت نعمة وكرامة فتتعلق بما له أثر فى استحقـاق الكرامات وهو الاسلام إذ به تحصـل السـعادة الابدية لا بالدار التى هى جماد لا أثر لها فى استحقاق الكرامـة ومن أراق دما معصوما ان كان خطأ ففيه الدية والكفارة وان كان عمـدا ففيـه القصاص كما لو فعل ذلك فى دار الاسلام (وهذا) أى وجـوب الدية فى الخطا والقصاص فى العمـد انما كان مبنيا على وجود العاصم الذى هو الاسـلام (لان العصمـة أصـلها المؤثمـة لحصول أصـل الزجر بها) فان من عـلم انه يأثم بقتـل ينزجر عنـه نظرا الى الجبلة السليمـة عن الميـل عن الاعتدال (وهى ثابتة) فيما نحن فيه (اجماعا) فانه لا قائل بعدم الاثم على من قتل مسلما فى أى موضع كان

(والعصمة المقومة كمال فيه) أى فى أصل العصمـة لانه اذا وجب الاثم والمال كان ذلك أكمل وأتم فى المنع من الذى وجب فيه الاثم دون المال فكانت العصمة المقومة وصفا زائدا على العصمة التى هى المؤثمة (فتعلق بما تعلق به الاصل) وهو العصمة المؤثمة والعصمة المؤثمة تعلقت بالاسلام فالعصمة المقومة كذلك فتجب الدية والكفارة فى قتل الحربى الذى أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا

(قوله والعصمة المؤثمة تعلقت بالاسلام الخ) أقول لم يظهر مما ذكره كون وجوب القصاص مبنيا على وجود العاصم الذى هو الاسلام

(ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة) وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يؤول هذه الآية بالذين أسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا وهو المنقول عن بعض أئمة التفسير أيضا ووجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى ميز بين المؤمن الذي في دار الاسلام وبين المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل فجعل الحكم في الاول الدية والكفارة بقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وفي الثاني الكفارة دون الدية وذلك من وجهين أحدهما أنه ذكر بحرف الفاء فانه للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافيا فاذا كان كافيا كان كل الموجب ضرورة والثاني أنه كل المذكور حيث لم يذكر غيره وذلك يقتضي انتفاء غيره لان قصد الشارع في مثله اخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم بلا اخلال فلو كان غيره من تتمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان وقوله (ولان العصمة المؤثمة بالآدمية) دليل معقول على عدم العصمة المقومة الموجبة للدية في دار الحرب ومشتمل على بيان أن العصمة المقومة ليست بوصف كامل في العصمة المؤثمة فتكون تابعة لها وبيان ذلك ان العصمة المؤثمة بالآدمية (لان الآدمي خلق متحملا أعباء التكاليف)

أي أثقالها ومن خلق لشيء وجب عليه القيام به فالآدمي وجب عليه القيام بأعباء التكاليف (والقيام بها بحرمة التعرض) أي إنما يتحقق له القيام بها اذا كان حرام التعرض فالآدمي وجب عليه أن يكون حرام التعرض مطلقا الا أن الله تعالى أبطل ذلك في الكافر بعارض الكفر فاذا زال الكفر بالاسلام عاد الى الاصل (والاموال تابعة لها) أي للآدمية التي تثبت العصمة المؤثمة لها لانها خلقت في الاصل مباحة وانما صارت معصومة لتمكن الآدمي من الانتفاع بها في حاجته فكانت تابعة للآدمية (أما العصمة المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت) لان المتقوم هو الشيء الذي يكون واجب الابقاء والدوام بالمثل أو القيمة (وذلك) أي جبر الفائت (في الاموال دون النفوس) لانه انما يحصل بالمثل في صورة ومعنى أو معنى فقط ولا مماثلة بين النفوس وما يجبر به لا صورة ولا معنى على ما عرف في الاصول (فكانت النفوس تابعة) للاموال في العصمة ومن هذا علم أن العصمة المؤثمة أصل مستقل في شيء والعصمة المقومة أصل مستقل في شيء آخر وليس أحدهما بكمال في الآخر ولا وصف زائد عليه ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لانها عزة والعزة بالمنعة فالعصمة المقومة في الاموال بالمنعة والدار انما تكون بالمنعة فلهذا تعرض لذكرها واذا كانت العصمة المقومة في الاموال بالمنعة فكذلك في النفوس لانها تابعة لها لما ذكرنا لكن لا منعة لدار الحرب لان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفر لما أنه أوجب ابطالها واذا لم يكن منعة لا يوجد الاحراز واذا لم يوجد الاحراز لا توجد العصمة المقومة واذا لم توجد العصمة المقومة لا تجب الدية وهذا في غاية التحقيق خلا أنه توهم أن لا يملكوا أموالنا بالاحراز الى الدار كما قال به الامام الشافعي رضي الله عنه ودفعه بأن معنى قولنا ان الشرع أسقط اعتبار منعتهم حال كونهم في دارهم وأما اذا وقع خروجهم الى دارنا وأحرزوا أموالنا باليد الحافظة والناقلة فقد استولوا على مال مباح كامل وذلك يوجب الملك لا محالة

ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء أو الى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولان العصمة المؤثمة بالآدمية لأن الآدمي خلق متحملا أعباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها أما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لأن العزة بالمنعة فكذلك في النفوس الا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة لما أنه أوجب ابطالها

أي المقتول من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة واقتصر عليه فعرف أنه تمام الموجب لانه مفيض في بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدو لنا فقال موجبه كذا ولم يزد عليه فكان كل الموجب والا لم يكن بيانا لموجبه بل لبعض موجبه وزاد المصنف وجها آخر قدمه على هذا الوجه وهو قوله رجوعا الى حرف الفاء وقرر أن الفاء للجزاء والجزاء هو الكافي يقال جزى فلان أي كفى وهو سهو لان لفظ الجزاء المجعول معنى الفاء لفظ اصطلاحي أي جعلي لا أن اللغة وضعت لفظ الفاء لمعنى لفظ الجزاء حتى يقال الجزاء الذي هو معنى الفاء الكافي بل المراد بقول النحاة الفاء للجزاء أي دالة على أن ما بعدها مسبب عما قبلها فسمي المسبب جزاء اصطلاحا لا لغة فليتأمل (ولأن العصمة المؤثمة) في الاصل (بالآدمية) لا بوصف الاسلام (لانه خلق متحملا أعباء التكاليف والقيام بها) لا يمكن الا مع (حرمة التعرض له) وانما زالت بعارض الكفر فاذا انتفى عادت بخلاف الاموال لانها بحسب الاصل مباحة لانها خلقت للانتفاع بها والعصمة المقومة بالعكس فالاموال هي الاصل فيها لا النفوس (لان التقوم يؤذن بجبر الفائت) ومن شرطه التماثل وهو في الاموال لا النفوس فكانت النفوس تابعة في العصمة المقومة للاموال (ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذا في النفوس الا أن الشرع أبطل اعتبار منعة الكفر) فأوجب بطلانها فان قيل لو صح ما ذكرتم لزم في المرتد والمستأمن اذا قتلا

(قوله فاذا كان كافيا الخ) أقول قد تمسك الشارح فيما سبق بالاستقراء في كتاب الحدود فراجعه

وقوله (والمرتد والمستأمن) جواب عما يقال انهما محرزان بدار الاسلام ذاتا فيجب أن يتقوما ولم يتقوما حتى لا تجب الدية بقتلهما وكون المستأمن من أهل دارهم حكما لقصده الانتقال ظاهر وأما المرتد فكذلك لانه بقصده هرب من القتل وقوله (ومن قتل مسلما خطأ الخ) واضح واعترض على قوله وهو العامة أو السلطان بأن التردد فيمن له ولاية القصاص يوجب سقوطه كما في

والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها (ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له أو قتل حربيا دخل الينا بأمان فأسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة) لانه قتل نفسا معصومة خطأ فتعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام أن حق الأخذ له لانه لا وارث له (وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء أخذ الدية) لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة أو السلطان قال عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله وان شاء أخذ الدية معناه بطريق الصلح لأن موجب العمد هو القود عينا وهذا لأن الدية أنفع في هذه المسألة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال (وليس له أن يعفو) لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

﴿ باب العشر والخراج ﴾

في دارنا الدية أجاب بأنهما (من أهل دار الحرب حكما لقصدهما الانتقال اليها) فلم يجب شئ وأما قوله صلى الله عليه وسلم عصموا مني دماءهم فنقول لا شك في ثبوت العصمة شرعا ولا يستلزم كمالها الا بدليل ولو سلم ذلك فقد قال عليه الصلاة والسلام الا بحقه ومن حقه أن يكونوا في دارنا لا يكثرون سواد العدو والا أن هذا لا ينتهض في الاسير المسلم (قوله ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له أو قتل حربيا دخل دار الاسلام بأمان فأسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة) بالاسلام ودار (خطأ ومعنى قوله للامام أن حق الأخذ له لانه لا وارث له) بالفرض لأن المأخوذ غلمكه هو بل يوضع في بيت المال (وان كان) قتل المسلم الذي لا وارث له والمستأمن الذي أسلم ولم يسلم معه وارث قصدا ولا تبعا بأن لم يكن معه ولد صغير دخل به الينا (عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء أخذ الدية) منه بطريق الصلح لا الجبر (لان موجب العمد عندنا القصاص عينا) الا أن يتصالحوا على الدية وانما كان للسلطان ذلك لانه هو ولي المقتول (قال عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له) وقد قدمنا الكلام على هذا الحديث في باب الاولياء والأكفاء من هذا الكتاب فارجع اليه والدية وان كانت أنفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود اليهم من قتله منفعة أخرى هي أن ينزجر أمثاله عن قتل المسلمين فيرى بما هو أنفع في رأيه وبما ذكرنا ظهر أن الاولى أن يقول وهذا لأن الدية قد تكون أنفع والا كان يتعين الصلح منه عليها (وأما أن يعفو فليس له ذلك لان ولايته على العامة نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض) ولو كان المقتول لقيطا فقتله الملتقط أو غيره خطأ فلا اشكال في وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه ولو كان القتل عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء صالحه على الدية كالتي قبلها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف عليه الدية في ماله ولا أقتله لانه لا يخلو عن ولي كالأب ونحوه ان كان ابن رشدة وكالأم ان كان ابن زنا فاشتبه من له حق القصاص فلا يستوفى كالمكاتب الذي قتل قبل أداء الكتابة وترك وفاء ولهما أنه لا يعلم له ولي ولا هو في مظنته واحتمال كونه له في نفس الأمر لا يفيد اذ لا ينتفع به فكان وجوده وعدمه في نفس الامر سواء لانه لا يقدر على الانتفاع فيستوفى

﴿ باب العشر والخراج ﴾

لما ذكر ما يصير به المستأمن ذميا ذكر ما ينوب به من الوظائف المالية اذا صار ذميا وذلك هو الخراج في أرضه

المكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث وأجيب بان الامام ههنا نائب عن العامة فصار كأن الولي واحد بخلاف مسئلة الكتاب

﴿ باب العشر والخراج ﴾

لما ذكر ما يصير به الحربي ذميا شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه وذكر العشر استطرادا لان سبب كل واحد منهما هو الارض النامية وقدمه على الخراج لكونه من الوظائف الاسلامية والعشر بضم العين أحد أجزاء العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض أو الغلام ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجا فيقال أدى فلان خراج أرضه وأدى أهل الذمة خراج رؤسهم يعني الجزية والعذيب ماء لتميم والحجر بفتحتين بمعنى الصخر لانه وقع في امالي أبي يوسف الصخر موضع الحجر ويظهر من ذلك أن من روى بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف ومهرة بالفتح والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة ينسب اليها الابل المهرية سمي ذلك المقام به فيكون بمهرة

﴿ باب العشر والخراج ﴾

(قوله وذكر العشر استطرادا الخ) أقول فيه عنونة الباب بما ليس مقصودا منه وقد استقبحه الشريف الجرجاني في أول مباحث الكليات من حاشية المطالع

قال (أرض العرب كلها أرض عشر وهي ما بين العذيب الى أقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد أرض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان) لان النبي عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف وعمر حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام

ورأسه وفي تفاريعهما كثرة فأوردهما في بابين وقدم خراج الارض لان الكلام فيه كان بعرض قريب ثم ذكر العشر فيه أيضا تتميما لوظيفة الارض لانها السبب في الخراج والعشر جميعا وقدم ذكر العشر لان فيه معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما يخرج من نماء الارض أو نماء الغلام وسمي به ما يأخذه السلطان من وظيفة الارض والرأس وحدد الاراضي العشرية والخراجية أولا لانه حينئذ أضبط فقال (أرض العرب كلها عشرية وهو ما بين العذيب) وهو ماء لتميم وذكر ضمير الارض باعتبار خبره وهو لفظ ما في قوله ما بين العذيب (الى أقصى حجر باليمن) وفي بعض النسخ وهي على الظاهر وحجر بفتح الجيم واسكانها خطأ لان أبا يوسف قال حدود أرض العرب ما وراء حدود الكوفة الى أقصى صخر باليمن فعرف انه حجر بالفتح والمراد الى آخر جزء من أجزاء اليمن وهو آخر حجر منها ومهرة حينئذ في آخر موضع من اليمن وقولهم من أول عذيب القادسية الى آخر حجر يوجب أن ذلك أول ما وراء أرض الكوفة هذا طولها وعرضها من رمل يبرين والدهناء ويعرف برمل عالج الى مشارف الشام أي قراها وقد يعبر بمنقطع السماوة قال الكرخي وهي أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية والحجاز هو جزيرة العرب سمي جزيرة لان بحر الحبش وبحر فارس والفرات أحاطت بها وسمي حجازا لانه حجز بين تهامة ونجد (والسواد) أي سواد العراق أي أرضه سمي به لكثرة اخضراره وحده (من العذيب الى عقبة حلوان) عرضا (ومن العلث الى عبادان) طولا (ويقال من الثعلبية الى عبادان) قيل هو غلط لان الثعلبية بعد العذيب بكثير اذا عرف هذا فأرض العرب كلها عشرية (لانه عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين) بعده (لم يأخذوا الخراج من أرض العرب) ولو فعله عليه الصلاة والسلام لقضت العادة بنقله ولو بطريق ضعيف فلما لم ينقل دل قضاء العادة على انه لم يقع (ولان شرط الخراج أن يقر أهلها) عليها (على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم الا الاسلام) والا يقتلون ولانه كما لا رق على العرب فكذا لا خراج على أرضهم وسواد العراق المحدد المذكور خراجي (لان عمر رضي الله عنه وضع عليه الخراج بمحضر من الصحابة) وهو أشهر من أن ينقل فيه أثر معين وانما يحتاج الى ذلك في تقدير الموضوع وقوله (ووضع على مصر الخ) أسند الواقدي الى مشيخة من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة واستباح ما فيها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على رؤسهم والخراج على أراضيهم ثم كتب الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك وأسند أيضا الى عمرو بن الحرث قال كان عمرو بن العاص يبعث بجزية أهل مصر وخراجها الى عمر رضي الله عنه كل سنة بعد حبس ما يحتاج اليه ولقد استبطأه عمر في الخراج سنة فكتب بكتاب يلومه ويشدد عليه وهذا يخالف ما ذكر بعض الشارحين من ان مصر فتحت صلحا على يدي عمرو بن العاص وأما وضع الخراج على أرض الشام فمعروف قيل ومدن الشام فتحت صلحا وأراضيها عنوة على يدي يزيد بن أبي سفيان وشرحبيل بن حسنة وأبي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد وفتحت أجنادين صلحا في خلافة أبي بكر رضي الله عنه وفي دالها الفتح

بدلا من قوله باليمن وهذا طولها ومن يبرين والدهناء ورمل عالج أسماء مواضع الى مشارف الشام أي قراها عرضها والسواد أي أراضي سواد العراق أي قراها سمي بالسواد لخضرة أشجاره وزروعه وحده عرضا من العذيب الى عقبة حلوان وهو اسم بلد ومن الثعلبية وهي منازل البادية الى عبادان وهو حصن صغير على شط البحر طوله وقيل في موضع الثعلبية العلث بفتح العين وسكون اللام وهي قرية موقوفة على العلوية وهو أول العراق شرقي دجلة وكلامه واضح

(قوله الى مشارف الشام) أقول المشارف بالفاء

قال (وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها) لأن الامام اذا فتح أرضا عنوة وقهرا له أن يقر أهلها عليها و يضع عليها وعلى رؤسهم الخراج فتبقى الاراضى مملوكة لأهلها وقد قدمناه من قبل قال (وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهى أرض عشر) لأن الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج (وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهى أرض خراج) وكذا اذا صالحهم لأن الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج

فى المشهور والكسر (قوله وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم وتصرفهم) فيها بالرهن والهبة (لان الامام اذا فتح أرضا عنوة له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها الخراج وعلى رؤسهم الجزية فتبقى الارض مملوكة لأهلها وقد قدمناه من قبل) فى باب قسمة الغنائم ومذهب مالك والشافعى وأحمد أنها موقوفة على المسلمين فلا يجوز لأهلها هذه التصرفات (قوله وكل أرض أسلم أهلها) عليها فأحرزوا املاكهم فيها (أو فتحت عنوة وقسمها بين الغانمين فهى عشرية لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لان فيه معنى العبادة ولانه أخف حيث يتعلق) الواجب (بنفس الخارج) فلا يؤخذ مالم يكن خارجا فهو أليق بالمسلم (وكل أرض فتحت عنوة وأقر أهلها عليها فهى أرض خراج وكذا اذا صالحهم لأن الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به) لان فيه معنى العقوبة لتعلق بالتمكن من الزراعة وان لم يزرع وفيه نظر نذكره فى آخر الفصل ان شاء الله تعالى (ومكة مخصوصة من هذا) العموم (فانها فتحت عنوة) على ما أسلفناه فى باب الغنائم وقسمتها بما لا يشك معه انها فتحت عنوة (ولم يوظف عليها الخراج) ولنخص هذا المكان بحديث زيادة على ما فى باب الغنائم أخرج مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه انه ذكر فتح مكة فقال أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى دخل مكة فبعث الزبير رضى الله عنه على احدى المجنبتين و بعث خالد بن الوليد على المجنبة الاخرى وبعث أبا عبيدة على الحسر وأخذوا من بطن الوادى و رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتيبة قال فنظر الى وقال يا أبا هريرة قلت لبيك يا رسول الله قال اهتف لى بالانصار فلا يأتينى الا أنصارى فهتف بهم فجاؤا فأطافوا برسول الله صلى الله عليه وسلم وبشت قريش أوباشها فقال لهم ألا ترون الى أوباش قريش وأتباعهم ثم قال بيده فضرب باحداهما على الاخرى وقال احصدوهم حصدا حتى توافونى على الصفا قال أبو هريرة فانطلقنا فما شاء أحد منا أن يقتل من شاء منهم الاقتله الحديث بطوله فاضمم هذا الى ما هنالك وقد ذكر القتبى ما فتح عنوة وصلحا من البلاد فذكر أن الاهواز وفارس وأصبهان فتحت عنوة لعمر رضى الله عنه على يدى أبى موسى وعثمان بن أبى العاص وعتبة بن غزوان وكانت أصبهان على يدى أبى موسى خاصة وأما خراسان ومرو رود فتحتا صلحا فى خلافة عثمان على يدى عبيد الله بن عامر بن كريز وأما ما وراءهما فافتتح بعد عثمان على يد سعيد بن عثمان بن عفان لمعاوية صلحا وسمرقند وكش ونسف و بخارى بعد ذلك على يدى المهلب بن أبى صفرة وقتيبة بن مسلم وأما الرى فافتتحها أبو موسى فى خلافة عثمان صلحا وفى ولايته فتحت طبرستان على يدى سعيد بن العاص صلحا ثم فتحها عمرو بن العلاء والطالقان ودنباوند سنة سبع وخمسين ومائة وأما جرجان ففى خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين وكرمان وسجستان فتحهما عبد الله بن عامر فى خلافة عثمان صلحا وافتتح الجبل كله عنوة فى وقعة جلولا ونهاوند على يدى سعد والنعمان بن مقرن وأما الجزيرة ففتحت صلحا على يدى عياض بن غنم والجزيرة ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة وأما هجر فأدوا الجزية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا دومة الجندل وأما اليمامة فافتتحها أبو بكر رضى الله عنه وأما الهند فافتتحها القاسم بن محمد الثقفى فى سنة ثلاث وتسعين

وقوله (قدمناه من قبل) يعنى فى أول باب الغنائم (قوله والخراج أليق به) يعنى من حيث ان فيه معنى العقوبة وان فيه تغليظا لوجوبه وان لم يزرع والكافر أليق بالعقوبة والتغليظ وكان القياس فى أرض مكة أن تكون خراجية لانها فتحت عنوة أى قهرا لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها الخراج وكالارق على العرب فكذا لاخراج فى أرضهم

(وفى الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهى أرض خراج ومالم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهى أرض عشر) لأن العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقى بماء العشر أو بماء الخراج قال (ومن أحيا أرضا مواتا فهى عند أبى يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز أرض الخراج) ومعناه بقربه (فهى خراجية وان كانت من حيز أرض العشر فهى عشرية)

(قوله وفى الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار الخ) قد علم من عادة المصنف انه اذا وقعت مخالفة بين ما فى القدورى والجامع أو زيادة فى الجامع يقول بعد لفظ القدورى وفى الجامع الصغير الى آخره وهنا المخالفة ظاهرة فان قول القدورى كل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهى أرض خراج مطلق فهو أعم من أن يصل اليها ماء الانهار أو لا يصل بان استنبط فيها عين ولفظ الجامع قيد خراجيتها بأن يصل اليها ماء الانهار ونحن نقطع أن الارض التى أقر أهلها عليها لو كانت تسقى بعين أو بماء السماء لم تكن الا خراجية لان أهلها كفار والكفار لو انتقلت اليهم أرض عشرية ومعلوم أن العشرية قد تسقى بعين أو بماء السماء لا تبقى على العشرية بل تصير خراجية فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر ثم كونها عشرية عند محمد اذا انتقلت اليه كذلك أما فى الابتداء فهو أيضا يمنعه والعبارة التى نقلها عن الجامع فى غاية البيان ليست كما فى الهداية فانه قال ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة قال كل أرض فتحت عنوة بالقتال فصارت أرض خراج وكل شئ يصل اليها ماء الانهار فهى أرض خراج وكل شئ لم يصل اليها ماء الانهار فاستخرج فيه عين فهى أرض عشر والاراضى التى أسلم أهلها عليها فهى أرض عشر فقوله وكل شئ يصل اليها ماء الانهار فهى أرض خراج عطف على كل أرض فتحت عنوة والعطف يوجب المغايرة فيصير المعنى وكل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج وكل أرض لم تفتح عنوة ووصفها أنها يصل اليها ماء الانهار فهى أرض خراج وحاصله تقسيم أرض الخراج الى ما يفتح عنوة والى مالم يفتح عنوة لكنها تسقى بماء الانهار ثم يجب تقييد الاول بأن يقر أهلها عليها بالضرورة وكأن هذا معلوم اذ لا يبتدأ المسلم فى أول الفتح فقط بتوظيف الخراج فى الاراضى المقسومة كما يجب تقييد الانهار فانها لا تكون خراجية مالم تكن حولها الانهار العظام كالنيل والفرات والحاصل ان التى فتحت عنوة ان أقر الكفار عليها لا يوظف عليهم الا الخراج ولو سقيت بماء المطر وان قسمت بين المسلمين لا يوظف الا العشر وان سقيت بماء الانهار واذا كان كذلك فبالضرورة يراد الارض التى أحياها محى فان التى فتحت عنوة مما يبتدأ فيها التوظيف غير المقسومة والمقرر أهلها عليها ليس الا الموات التى أحييت ويصير المعنى كل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج اذا أقام أهلها عليها وكل أرض لم تفتح عنوة بل أحياها مسلم ان كان صفتها انها يصل اليها ماء الانهار فهى خراجية أو ماء عين ونحوه فعشرية وهذا قول محمد وهو قول أبى حنيفة ولو شرحه هكذا استغنى به عن ذكر المسئلة التى تليه فانها هى وحاصلها أن محمدا قال فيمن أحيا أرضا ميتة ببئر حفرها أو عين استخرجها أو ماء دجلة والفرات أو باقى الانهار العظام التى لا يملكها أحد أو بالمطر فهى عشرية وان أحياها بماء الانهار التى شقتها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد وهو ملك من العجم فهى خراجية لان الاعتبار فى مثله للماء لانه السبب لنماء الارض ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كرها فيعتبر السقى لان السقى بماء الخراج دلالة على التزامه فتصير خراجية عليه (وعند أبى يوسف تعتبر بحيزها) أى بما يقرب منها (فان كانت من حيز أرض الخراج أى بقربه فخراجية أو أرض العشر فعشرية) لان القرب من أسباب الترجيح فترجح كونها خراجية بالقرب من أرض الخراج وعشرية كذلك

(قوله وفى الجامع الصغير الى قوله فهى أرض خراج) يعنى سواء قسمت بين الغانمين أو أقر أهلها عليها وذكر لفظ الجامع الصغير لهذه الفائدة (قوله ومن أحيا أرضا مواتا فهى عند أبى يوسف معتبرة بحيزها) قيل هذا الاطلاق محمول على المقيد وهو ما اذا كان المحيى مسلما وأما اذا كان ذميا فعليه الخراج وان كانت من حيز أرض العشر واذا كان هذا مقيدا بكونه مسلما وجب أن يقيد قولهم المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بانه اذا لم يكن منه صنيع يقتضى ذلك وهو السقى من ماء الخراج اذ الخراج يجب جبرا للمقاتلة فيختص وجوب الخراج بما يسقى بماء حمته المقاتلة والماء الذى حمته المقاتلة ماء الخراج فلهذا يجب الخراج اذا سقاه بماء الخراج الى هذا أشار شمس الائمة

(قوله وهو السقى من ماء الخراج الخ) أقول لا يخفى عليك أن هذا الكلام انما يناسب مذهب محمد والا فأبو يوسف لا يعتبر السقى من ماء الخراج فلا وجه لا رادة فى هذا المقام ظاهرا فتأمل

والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة لان حيز الشئ يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية لأنها من حيز أرض الخراج الا أن الصحابة وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم (وقال محمد إن أحياها ببئر حفرها أو بعين استخرجها أو ماء دجلة أو الفرات أو الانهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية) وكذا ان أحياها بماء السماء (وان أحياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم) مثل نهر الملك ونهر يزدجرد (فهي خراجية) لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه قال (والخراج الذي وضعه عمر على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم

وأصله أفنية الدور أعطى له في الشرع حكمها حتى جاز لصاحب الدار الانتفاع بفنائها وهو غير مملوك له ومن أجل أن له حق الانتفاع لو قال المستأجر للاجراء هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر ولكن احفروا فحفروا فلا ضمان عليهم في الاستحسان بل على المستأجر لان كونه فناء بمنزلة كونه مملوكا في انطلاق يده في التصرف من القاء الطين والحفر وربط الدابة غير أن أبا يوسف استثنى البصرة من ضابطه فانها عشرية عنده وان كانت من حيز أرض الخراج لاجماع الصحابة على جعلها عشرية كما ذكره أبو عمر بن عبد البر وغيره فترك القياس فيها لذلك هذا وقد ظهر من قوله ولأنه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم الى آخره أن المراد بموضوع المسئلة أعني قوله ومن أحيا أرضا مواتا المسلم ولا بد من ذلك لانه لو أحياها ذمي كانت خراجية سواء سقيت عند محمد بماء السماء أو نحوه أو لا وسواء كانت عند أبي يوسف من حيز أرض الخراج أو العشر وظهر منه أيضا أن كون المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج كما ذكره محمد في الزيادات هو فيما اذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وهو السقي بماء الخراج وهذا لأن الخراج بازاء المقاتلة على حمايتهم فالساقي بما حموه وجب فيه (قوله والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع) ثمانية أرطال خلافا لأبي يوسف نص على أنه الصاع أبو يوسف ومحمد فقال أبو يوسف حدثني السري عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل أرض يبلغها الماء عملت أو لم تعمل درهما ومختوما قال عامر هو الحجاجي وهو الصاع انتهى وعامر هو الشعبي وقال محمد في الاصل فما كان من أرض الخراج من عامر أو غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزرع ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة زرع ذلك صاحبه في السنة مرة أو مرارا أو لم يزرعه كله سواء وفيه كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج وهو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ثمانية أرطال والمراد من القفيز المأخوذ قفيز مما زرع حنطة أو شعيرا أو عدسا أو ذرة قاله الطحاوي واستحسن والدرهم ما يوزن سبعة والمراد من الجريب أرض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة فهو سبع قبضات لان ذراع العامة ست وقوله في الكافي ما قيل الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في أراضيهم وليس بتقدير لازم في الاراضي كلها بل جريب الارض يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف أهله يقتضي أن الجريب يختلف قدره في البلدان ومقتضاه أن يتحد الواجب وهو قفيز ودرهم مع اختلاف المقادير فانه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف أخرى فيه خمسون ذراعا وكذا ما قيل الجريب ما يبذر فيه مائة رطل وقيل ما يبذر فيه من الحنطة ستون منا وقيل خمسون في ديارهم والمعول عليه ما في الهداية وغيرها وأما جريب الرطبة

الخراجية يجعل الارض خراجية والبصرة في حيز الارض الخراجية وان أحياها مسلم يجب عليه العشر ووجهه أن القياس ذلك لكن ترك ذلك باجماع الصحابة (قوله لأن حيز الشئ يعطى له حكمه) دليل أبي يوسف على مذهبه (قوله كفناء الدار) يعني فناء الدار يعطى له حكم الدار في حق الانتفاع وان لم يكن الفناء مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بملكه فكذا ههنا تعطى هذه الارض المحياة حكم جوارها لاتصالها به ولا يظن في اعادة قوله وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية تكرار لان الاول رواية القدوري والثاني ذكر شرحا لذلك ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد ويزدجرد ملك من ملوك العجم (قوله لما ذكرنا) من قبل اشارة الى قوله لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها قال (والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه) اعلم أن الخراج على نوعين خراج وظيفة وهو أن يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض (في كل جريب) وهو أرض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة (قفيز هاشمي وهو الصاع) من حنطة أو شعير على ما قال الامام قاضيخان في فتواه أو مما يزرع فيها على ما ذكر في شرح الطحاوي (ودرهم)

ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم) وهذا هو المنقول عن عمر فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا منهم

ففيه خمسة دراهم ولا شئ فيه من الخارج (وفي جريب الكرم المتصل والنخيل المتصلة عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه) فقيد الاتصال يفيد أنها لو كانت متفرقة في جوانب الارض ووسطها مزروعة فلا شئ فيها بل المعتبر وظيفة عمر رضي الله عنه في الزروع وكذا لو غرس أشجارا غير مثمرة ولو كانت الاشجار ملتفة لا يمكن زراعة أرضها فهي كرم ذكره في الظهيرية وفي شرح الطحاوي لو أنبت أرضه كرما فعليه خراجها الى أن يطعم فاذا أطعم فان كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم وان كان أقل فنصفه الى أن ينقص عن قفيز ودرهم وان نقص فعليه قفيز ودرهم وفي رواية عليه وظيفة الارض الى أن يطعم الكرم ثم ذكر المصنف الرواية عن عمر رضي الله عنه بذلك فقال (انه بعث عثمان ابن حنيف حتى يمسح سواد العراق) وهو الذي آخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين علي بن أبي طالب رضي الله عنهما حين آخى بين المهاجرين والانصار (وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم) قال شارح في قوله ووضع على ذلك ما قلنا انه سهو بل يقال ووضع ذلك على ما قلنا أي وضع الخراج ولا يخفى أن مرجع اسم الاشارة الست وثلاثون ألف ألف أي وضع على الجربان المقادير التي ذكرناها ولا سهو ينسب الى قائل هذا وقد تقدم رواية أبي يوسف به وهو منقطع لأن الشعبي لم يدرك عمر رضي الله عنه واعلم أن الرواية عن عمر اختلفت كثيرا في تقدير الوظيفة فروى ابن أبي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر رضي الله عنه على أهل السواد على كل جريب أرض يبلغه الماء عامر أو غامر درهما وقفيزا من طعام وعلى البساتين على كل جريب عشرة دراهم وخمسة أقفزة من طعام وعلى الرطاب على كل جريب أرض خمسة دراهم وخمسة أقفزة من طعام وعلى الكروم على كل جريب أرض عشرة دراهم وعشرة أقفزة ولم يضع على النخيل شيأ جعله تبعا للارض ثم حدث عن أبي اسامة عن قتادة عن أبي مجلز قال بعث عمر عثمان ابن حنيف على مساحة الارض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة دراهم وعلى جريب النخل ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم يعني الرطبة وعلى جريب البر أربعة دراهم وعلى جريب الشعير درهمين وقال أبو عبيد في كتاب الاموال حدثنا هشيم بن بشير أنبأنا العوام بن حوشب عن ابراهيم التيمي قال لما افتتح المسلمون فساق الحديث بطوله الى أن قال فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من أرض أهل الذمة فجعل على جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب العنب ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم وعلى الجريب من البر أربعة وعلى الجريب من الشعير درهمين وفيه قال فأخذ من تجارهم من كل عشرين درهما درهما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرضي به فقد رأيت ما هنا من الاختلاف ومالك رحمه الله يعتبر اجارة الامام لانها وقف على المسلمين عنده فتفوض الى اجارته كما هو الرسم الآن في أراضي مصر فان المأخوذ الآن بدل اجارة لا خراج ألا ترى أن الاراضي ليست مملوكة للزراع وهذا ابعد ما قلنا ان أرض مصر خراجية والله أعلم كأنه لموت المالكين شيأ فشيأ من غير اخلاف ورثة فصارت لبيت المال وينبغي على هذا أن لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشئ منها لان نظره في مال المسلمين كنظر ولي اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره الا لضرورة عدم وجود ما ينفقه سواه فلذا كتبت في فتوى رفعت الي في شراء السلطان الاشرف برسباي رحمه الله لارض ممن ولاه نظر بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه فكتبت اذا كان بالمسلمين حاجة

ولأن المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم أعلاها وفي الزرع أدناها وفي الرطبة أوسطها قال (وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة) لأنه ليس فيه توظيف عمر وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل أرض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار أخر وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شيء كان قال (فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام) والنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع ألا ترى الى قول عمر لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لأطاقت وهذا يدل على جواز النقصان وأما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان وعند أبي يوسف لا يجوز لان عمر لم يزد حين أخبر بزيادة الطاقة

والعياذ بالله جاز ذلك وأحمد في رواية كمالك وفي رواية في كل جريب حنطة أو شعير درهم والباقي كقولنا وقيل كل الروايات عن عمر صحيحة وانما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع بعضها أقل وبعضها أكثر لتفاوت الريع في ناحية مع ناحية وما قلنا أشهر رواية وأرفق بالرعية ثم ذكر المصنف المعنى في اختلاف الوظيفة فقال (ولان المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة) لانه يبقى على الابد بلا مؤنة وأكثرها ريعا (والمزارع) أقلها ريعا و(أكثرها مؤنة) لاحتياجها الى البذر ومؤن الزراعة من الحراثة والحصاد والدياس والتذرية في كل عام (والرطاب بينهما) لأنها لا تدوم دوام الكرم ويتكلف في عملها كل عام فوجب تفاوت الواجب بتفاوت المؤنة أصله قوله عليه الصلاة والسلام ما سقت السماء ففيه العشر وما سقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر (قوله وما سوى ذلك) أي من الاراضي التي فيها أصناف غير ما وظف فيه عمر رضي الله عنه (كالزعفران) والنخيل الملتفة (والبستان) وهو أرض يحوطها حوائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار وكذا غير ذلك كالنخيل الملتفة (يوضع على ذلك بحسب الطاقة) فيوضع على النخيل الملتفة بحسب ما تطيق ولا يزاد على الكرم وعلى جريب الزعفران كذلك ينظر في ذلك كله الى غلتها فان لم تبلغ سوى غلة الزرع يؤخذ قدر خراج الزرع أو الرطبة يؤخذ خراج الرطبة أو الكرم فالكرم وانما ينتهي الى نصف الخارج (لان التنصيف) بعد ما كان لنا أن نقتلهم ونتملك رقاب الاراضي والاموال (عين الانصاف) (قوله فان لم تطق ما وضع عليها) بأن لم يبلغ الخارج منها ضعفه نقص الى نصف الخارج كذا أفاده في الخلاصة حيث قال فان كانت الاراضي لا تطيق أن يكون الخراج خمسة بأن كان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز أن ينقص حتى يصير مثل نصف الخارج انتهى وفي هذا لا فرق بين الارضين التي وظف عليها عمر رضي الله عنه ثم نقص نزلها وضعفت الآن أو غيرها وأجمعوا أنه لا تجوز الزيادة على وظيفة عمر رضي الله عنه في الاراضي التي وظف فيها عمر رضي الله عنه أو امام آخر مثل وظيفة عمر ذكره في الكافي وأما في بلد لو أراد الامام أن يبتدئ فيها التوظيف فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يزيد وقال محمد وهو قول مالك وأحمد ورواية عن أبي يوسف وقول الشافعي له ذلك ومعنى هذا اذا كانت الارض التي فتحت بعد الامام عمر رضي الله عنه تزرع الحنطة فأراد أن يضع عليها درهمين وقفيزا وهي تطيقه ليس له ذلك وعند محمد له ذلك اعتبارا بالنقصان وهذا يؤيد ما ذكرته من حمل الارض في قوله فان لم تطق ما وضع عليها على ما يشمل أرض عمر رضي الله عنه ومنعه أبو يوسف بأن عمر رضي الله عنه لم يزد حين أخبر بزيادة طاقة الارض ففي البخاري من حديث عمرو بن ميمون أخاف أن تكونا حملتما الارض ما لا تطيق قالا حملناها أمرا هي له مطيقة ما فيها كبير فضل وروى عبد الرزاق

(قوله فالكرم أخفها) يعني وأكثرها ريعا لانه يبقى على الابد بلا مؤنة (والمزارع أكثرها مؤنة) لاحتياجها الى الزراعة والقاء البذر في كل عام (والرطاب بينهما) لانها تبقى أعواما ولا تدوم دوام الكروم فكانت مؤنتها فوق مؤنة الكروم ودون مؤنة المزارع وخراج مقاسمة وهو أن يكون الواجب شيأ من الخارج كالخمس والسدس ونحو ذلك (لانه ليس فيه توظيف عمر) فنعتبر فيه الطاقة كما اعتبرها في الموظف ومن الانصاف ان لا يزاد على النصف (قوله والبستان كل أرض يحوطها حائط) ظاهر

(وان غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع عنها فلا خراج عليه) بالاتفاق (لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة) أى استأصله حر شديد أو برد شديد أو نحو ذلك فلا خراج أيضا (لانه فات النماء التقديري) الذى أقيم مقام النماء الحقيقي (في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة) فان من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة أشهر ثم نواها للخدمة سقطت الزكاة لأنها لم تبق نامية في جميع الحول (أو) يقال (يدار الحكم على الحقيقة

عند خروج الخارج) يعنى أن النماء التقديري كان قائما مقام الحقيقي فلما وجد الحقيقي تعلق الحكم به لكونه الاصل وقد هلك فيهلك معه الخراج فان قيل اذا استأجر أرضا للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم تسقط الاجرة فما الفرق بينه وبين الخراج أجيب بأن الاجر يجب الى وقت هلاك الزرع لا بعده وليس الاجر كالخراج لانه وضع على مقدار الخارج اذا صلحت الارض للزراعة فاذا لم يخرج شئ جاز اسقاطه والاجر لم يوضع على مقدار الخارج فجاز ايجابه وان لم يخرج ثم قال مشايخنا ماذكر في الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان تزرع الارض ثانيا أما اذا بقى فلا يسقط الخراج قال (وان عطلها صاحبها فعليه الخراج) اذا عطل الأرض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذى فوته قيل

(وان غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه) لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة أو يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج قال (وان عطلها صاحبها فعليه الخراج) لان التمكن كان ثابتا وهو الذى فوته قالوا من انتقل الى أخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الأعلى لانه هو الذى ضيع الزيادة

قال أخبرنا معمر عن على بن الحكم البناني عن محمد بن زيد عن ابراهيم قال جاء رجل الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال أرض كذا وكذا يطيقون من الخراج أكثر مما عليهم فقال ليس اليهم سبيل (قوله وان غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة لا خراج عليه) أما في غلبة الماء أو انقطاعه (فلانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج) وأما في الاصطلام فلفوت (النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة أو يدار الحكم على حقيقة الخارج عند الخروج) لان التمكن من الزراعة قائم مقامه فاذا وجد الاصل بطل اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالاصل واعلم أن أكثر المشايخ حملوا المذكور في الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن الزراعة ثانيا فان بقى لا يسقط الخراج لأنه عطلها وفي الفتاوى الكبرى تكلموا أن المعتبر فيه زراعة الحنطة أو الشعير أم أى زرع كان وان المعتبر مدة ترك الزرع فيها أو مدة يبلغ الزرع فيها مبلغا يكون قيمته ضعف الخراج والفتوى على أنه مقدر بثلاثة أشهر وهو لا ينافي الوجه الثانى لا نا ادارة الحكم على حقيقة الخارج ان أسقط الواجب منه لا يمنع الايجاب بالتعطيل فيما بعده من الزمان وأما الوجه الاول فصريح في نفي الوجوب وان بقى امكان الزراعة الى آخر السنة ولم يذكر كثير من المشايخ هذا واعادة الزرع تستدعى مؤنا كالاول فان أخرج شيأ فقصاراه أن يفى بالخراجين فأخذ الخراج اذا لم يزرع والحالة هذه تخسير أصل مال الزارع وكذا ان زرع (قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن) من الزراعة (كان ثابتا وهو الذى فوته) أى فوت الزرع وهذا بشرط التمكن كما يفيده قوله لأن التمكن كان ثابتا فأما اذا لم يتمكن لعدم قوته وأسبابه فللامام أن يدفعها لغيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقى أو يؤجرها ويأخذ الخراج من الاجرة أو يزرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها خراج السنة المنسلخة ودفع باقى الثمن لصاحبها ثم استمر بأخذ الخراج من المشترى وهذا وان كان نوع حجر ففيه دفع ضرر العامة باثبات ضرر واحد وهو جائز كما قلنا في الحجر على المكارى المفلس والطبيب الجاهل ولو وقع البيع في أثناء السنة فان بقى منها قدر ما يتمكن المشترى من الزراعة فالخراج عليه والا على البائع وما عن أبى يوسف أنه يدفع للعاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها صحيح أيضا ومن فروع ذلك (ما اذا انتقل الى أخس الامرين من غير عذر) بأن كانت مثلا تزرع الكرم فزرعها حبوبا (أخذ منه خراج الاعلى) وهو الكرم (لانه هو الذى ضيع الزيادة)

هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة وعطلها أما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته وأسبابه فللامام أن يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقى له وان شاء آجرها وأخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ الخراج من ثمنها وهذا بلا خلاف وان كان فيه نوع حجر وهو ضرر ولكنه الحاق ضرر بواحد للعامة (قوله قالوا) يعنى المشايخ (من انتقل الى أخس الامرين من غير عذر) بأن كانت الارض صالحة للزراعة الاعلى وهو الزعفران مثلا فزرع الشعير مثلا (وجب خراج الزعفران لانه هو الذى ضيع الزيادة

وهـذا يعرف ولا يفـتى به كى لا يتجرأ الظلمة على أخـذ أموال الناس (ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) لأن فيـه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة فى حالة البقاء فأمكن ابقاؤه على المسلم (ويجوز أن يشترى المسلم أرض الخـراج من الذمى ويؤخذ منه الخراج) لما قلنا وقـد صح أن الصحابة اشـتروا أراضى الخـراج وكانوا يؤدون خراجها فـدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة (ولا عشر فى الخارج

على المسلـين قالوا لا يفـتى بهـذا لما فيـه من تسلط الظلمـة على أموال المسلـين اذ يدعى كل ظالم أن أرضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب (قوله ومن أسـلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) وعند مالك والشافعى يسقط عنـه الخراج وكذا لو باعها من مسـلم يجوز البيع عندنا خلافا لمالك فى رواية وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لما فيه من معنى الذل والصـغار وهو غير لائق بالمسلم وقوله (لما قلنا) من أن فيـه معنى المؤنة والمسلم من أهل المؤنة كالعشر والارض لا تخلو منها فابقاء ما تقرر واجبا أولى ولان وضع عمر رضى الله عنه بموافقة جماعة من الصحابة ما كان الا ليجـد الذين يجيؤن من المسلمين بعد أهل الفتح ما يسدّ حاجتهم وفتح هذا البـاب يؤدى الى فوات هـذا المقصود فان الاسلام غير بعيد بعـد مخالطة المسلمين ومعرفة محاسـنه أو تقية من الـكلفة وتجشم المشـاق فى الزراعة ثم دفع نحو النصف للغير قال المصنف (وقد صح أن الصحابة اشـتروا أراضى الخراج وكانوا يؤدون خراجها) قال البيهقى قال أبو يوسف القول ما قال أبو حـنيفة أنه كان لابن مسـعود وخباب بن الارت والحسين بن على ولشريح أرض الخراج فدل على انتفاء كراهـة تملكها حدثنا مجالد بن سـعيد عن عامر عن عتبـة بن فرقد السلمى أنه قال لعمر بن الخطاب رضى الله عنـه انى اشـتريت أرضا من أرض السـواد فقال عمر أنت فيها مثل صاحبها قال البيهقى وأخبرنا أبو سـعيد حدثنا أبو العباس الاصم حدثنا الحسـن بن على بن عفان حـدثنا يحيى بن آدم قال حدثنا حسـن بن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال أسلمت امرأة من أهـل نهر الملك فـكتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه إن اختـارت أرضها وأدت ما على أرضها من الخراج فخلوا بينها وبين أرضها والا فخلوا بين المسـلمين وبين أرضهـم وروى عبـد الرزاق وابن أبى شيبة حـدثنا الثورى عن قيس بن مسـلم عن طارق بن شهاب أن دهقانة من أرض نهر الملك أسلمت فقال عمر ادفعوا اليها أرضها تؤدى عنها الخراج وقال ابن أبى شـيبة وعبد الرزاق فى مصـنفيهما حدثنا هشيم ابن بشـير عن شيبان بن الحـكم عن زبير بن عـدى أن دهقانا أسـلم على عهد على رضى الله عنه فقـال على ان أقمت فى أرضك رفعنا عنك الخراج عن رأسك وأخذناها من أرضـك وان تحولت عنها فنحن أحق بها وقال ابن أبى شـيبة حـدثنا حفص بن غياث عن محمد بن قيس عن أبى عون محمـد بن عبيد الله الثقفى عن عمر وعلى قالا اذا أسـلم وله أرض وضعنا عنـه الجزية وأخذنا خراجها قال المصـنف (فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة) وصرح فى كافى الحاكم بنفى الكراهة قيل ولو قال من المسـلم كان أولى وهو بناء على تعليقه بلفظ أخذ وهو غـير مقصود فان الاخذ يقوم بالامام وليس المقصود افادة أنه هل يكره للامام أخـذ الخراج من المسـلم بل المقصود افادة حكم شراء المسـلم الارض الخراجية وتعرضـه بذلك للاخـذ منه هـل يكره له ذلك أو لا فيجب لفظ للمسـلم ليتعلق بالشراء فى قوله فـدل على جواز الشراء للمسـلم وعدم الـكراهـة لا كما يقول بعض المتقشفة رحمة الله عليهم ورجنابهـم من كراهة ذلك لما روى أنه عليه الصلاة والسلام رأى شـيأ من آلات الحراثة فقـال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنا منهـم أن الذل بالـتزام الخراج وليس كذلك بل المراد أن المسـلمين اذا اشـتغلوا بالزراعـة واتبعوا أذناب البقر قعدوا عن الغزو فكر عليهـم عدوّهم فجعلوهم أذلة لا ما ذكروه اذ لا شك فى أنه يجوز للمسلم التزام ما لا يجب عليـه ابتداء ألا ترى أنه لو تـكفل بجزية ذمى جاز بلا كراهة (قوله ولا عشر فى الخارج

وهـذا يعـرف ولا يفتى به كى لا يتجرأ الظلمة على أخذ أمـوال الناس) ورد بأنه كيف يجوز الكتمان وانهم لو أخذوا كان فى موضعه لكـونه واجبا وأجيب بأنا لو أفتينـا بذلك لادعى كل ظالم فى أرض ليس شأنها ذلك انها قبـل هذا كانت تزرع الزعفران فيأخـذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان (قوله ومن أسـلم من أهل الخراج) ظاهر (قوله من غـير كراهة) احترازعما يقوله المتقشفة وهم طائفة من الصوفية انه مكروه لان النبى صلى الله عليه وسـلم رأى شيأ من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنوا أن المراد بالذل التزام الخراج وليس كذلك بل المراد أن المسلـين اذا اشـتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر وقعـدوا عن الجهاد كر عليهم عـدوّهم وجعلهم أذلة ولان الصغار ان كان قائما يكون فى الوضع ابتداء وأما بقاء فلا بخلاف خراج الرؤس فانه ذل وصغار ابتداء وبقـاء فلذلك لا يبقى بعد الاسـلام

قال المصنف (وأدائه للمسلم من غير كراهـة) أقول قال الاتقانى لو قال من المسـلم لكان أولى اهـ فيه تأمل

من أرض الخراج) وقال الشافعي يجمع بينهما لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ولأن أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى بإجماعهم حجة ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا والعشر في أرض أسلم أهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا أنه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض

من أرض الخراج وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان) ذاتا فان العشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج مؤنة فيها معنى العقوبة ومحلا فان العشر في الخارج والخراج في الذمة وسببا لان سبب العشر الارض النامية بالخارج تحقيقا وسبب الخراج الارض النامية به تقديرا ومصرفا فمصرف العشر الفقراء ومصرف الخراج المقاتلة وقد تحقق سبب كل منهما ولا منافاة بين الحقين فيجبان كوجوب الدين مع العشر والخراج قال المصنف (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم) وهو حديث ضعيف ذكره ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عنبسة حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع على مسلم خراج وعشر ويحيى بن عنبسة مضعف الى غاية حتى نسب الى الوضع والى الكذب على أبي حنيفة وانما رواه أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم فجاء يحيى ووصله نعم انما روي عن التابعين مثل النخعي والشعبي وعكرمة كما ذكرناه ورواه ابن أبي شيبة عن الشعبي حدثنا ابراهيم بن المغيرة ختن لعبد الله بن المبارك عن حمزة السلولي عن الشعبي قال لا يجتمع عشر وخراج في أرض وقال حدثنا أبو غيلة حدثنا يحيى بن واضح عن أبي المنيب عن عكرمة قال لا يجتمع عشر وخراج في مال وحاصل هذا كما ترى ليس الا نقل مذهب بعض التابعين ولم يرفعوه فيكون حديثا مرسلا وقد نقل ابن المبارك الجمع بينهما مذهبا لجماعة آخرين فهذا نقل المذاهب لا استدلال وأما قوله (ولان أحدا من الأئمة الى آخره) فقد منع بنقل ابن المنذر الجمع في الاخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم وعدم الاخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع الى المالك فلم يتعين قول صحابي بعدم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم على أن فعل عمر بن عبد العزيز يقتضي أن ليس عمر رضي الله عنه على منع الجمع لانه كان متبعا له مقتفيا لآثاره وما ذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه في جواب السائل في مسئلة خمس الجزية والخراج اذا رجعت اليه يفيدك ذلك ثم المصنف منع تعدد السبب وجعل السبب فيهما معا الارض ولا مانع أن يتعلق بالسبب الواحد وهو الارض هنا وظيفتان مع أن العمومات تقتضيه مثل قوله عليه الصلاة والسلام ما سقت السماء ففيه العشر فانه يقتضي أن يؤخذ مع الخراج ان كان ولأن تعدد الحكم واتحاده بتعدد السبب واتحاده وسبب كل من الخراج والعشر الارض النامية (الا أنه يعتبر النماء في العشر تحقيقا) لانه اسم اضافي فما لم يتحقق خارج لا يتحقق عشره (وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان اليها) فيقال خراج الارض وعشر الارض والاضافة دليل السببية وكون الارض مع النماء التقديري غير الارض مع التحقيق مخالفة اعتبارية لا حقيقية فالارض النامية هي السبب واذا اتحد السبب اتحد الحكم وصار كزكاة التجارة والسائمة فان السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلا وهو مع ذلك لا يقال الغنم مع السوم غيرها مع قصد التجارة فيجب كل منهما لتعدد السبب وأما قوله (ولان الخراج يجب في الارض اذا فتحت عنوة وقهرا والعشر في الارض اذا أسلم أهلها) عليها ولازم الاول الكره ولازم الثاني الطوع وهما متنافيان فلا يجتمعان فمعلوم أن بعض صور الخراج يكون مع الفتح عنوة وهو ما اذا أقر أهلها عليها وكذا بعض صور العشر وهو ما اذا فتحها عنوة وقسمها بين الغانمين كما أن بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة والقهر بل للصلح أو بأن أحياها وسقاها بماء الانهار الصغار أو كانت قريبة من أرض الخراج على

(قوله وجبا في محلين بسببين مختلفين) يعني ولمصرفين مختلفين أما اختلاف المحل فلان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج وأما اختلاف السبب فلان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر الارض النامية تحقيقا وأما اختلاف المصرف فان مصرف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقراء (فلا يتنافيان) لان التنافي انما يتحقق باتحاد المحل (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم) رواه أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن النبي صلى الله عليه وسلم (قوله والوصفان لا يجتمعان) لان الطوع ضد الكره الحاصل من القهر واذا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان (قوله ولهذا يضافان الى الارض) يقال عشر الارض وخراج الارض

وقوله (وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما) أي العشر أو الخراج صورته رجل اشترى أرض عشر أو خراج للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج عندنا وعند محمد أن عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج وهو قول الشافعي ومفرعهما توهم اختلاف المحلين أن محل العشر الخارج ومحل الزكاة عين مال التجارة وهو الارض فلم يجتمعا في محل واحد فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدين مع العشر ولنا أن المحل واحد لان كلا منهما مؤنة الارض النامية وكذلك الزكاة وظيفة المال النامي وهو الارض وكل منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى كما لا تجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد واذا ثبت أنه لا وجه للجمع بينهما قلنا العشر والخراج صارا وظيفتين لازمتين لهذه الارض

فلا يسقطان باسقاط المالك وهو أسبق ثبوتا من زكاة التجارة التي كان وجوبها بالنية فلهذا بقيت عشرية وخراجية كما كانت وبقوله وكل واحد منهما يجب حقا لله خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر فان الدين يجب للعبد والعشر لله تعالى فلا تنافي بينهما فيجبان وان كانا بسبب ملك واحد والباقي ظاهر

﴿باب الجزية﴾

لما فرغ من ذكر خراج الاراضي ذكر في هذا الباب خراج الرؤس وهو الجزية الا أنه قدم الاول لان العشر يشاركه في سببه وفي العشر معنى القربة وبيان القربات مقدم والجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع الجزى كاللحية واللحى وانما سميت بها لانها تجزى عن الذمي أي تقضي وتكفي عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فان قيل الكفر معصية وهو أعظم الكبائر فكيف يصح أخذ البدل على تقريره أجيب بان الجزية لم تكن بدلا عن تقرير الكفر وانما هي عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين فجاز كاسقاط القصاص بعوض أو هي عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق

وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما (ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة) لان عمر لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج والله أعلم

﴿باب الجزية﴾

الخلاف ومع هذا فالذي يغلب على الظن أن الراشدين من عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم أجمعين لم يأخذوا عشرا من أرض الخراج والا لنقل كما نقل تفاصيل أخذهم الخراج بهذا تقضي العادة وكونهم فوضوا الدفع الى الملاك في غاية البعد أرأيت اذا كان العشر وظيفة في الارض التي وظف فيها الخراج على أهل الكفر هل يقرب أن يتولوا أخذ وظيفة ويكلوا الاخرى اليهم ليس لهذا معنى وكيف وهم كفار لا يؤمنون على أدائه من طيب أنفسهم واذا كان الظن عدم أخذ الثلاثة صح دليلا بفعل الصحابة خصوصا الخلفاء الراشدين ويكون اجماعا وذكر الاسبيجابي لا يجتمع الاجر والضمان عندنا والعقر والحد والجلد والنفي وكذا الرجم مع الجلد وزكاة التجارة مع صدقة الفطر والشافعي يوافق في الجلد مع الرجم وما سواه يجمع (وكذا الزكاة مع أحدهما) أي العشر والخراج خلافا للشافعي وصورته اذا اشترى أرض عشر أو خراج بقصد التجارة عليه العشر أو الخراج وليس عليه زكاة التجارة عندنا وانما لم يعكس لان العشر والخراج ألزم للارض بخلاف الزكاة فانه يشترط فيها ما لا يشترط فيهما (قوله ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا) في سنة بتكرر الخارج على الطريقة التي قدمناها وقد يوازي بها تعلق الخراج بالتمكن فيستويان فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مرارا والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج فاذا عطلها لا يؤخذ بشيء فان أثبتت الخفة للعشر مطلقا باعتبار الاغلب وهو عدم تكرر الزرع في العام قلنا وكذلك ليس في الغالب أن تعطل الارض من الزراعة بالكلية ويؤخذ الخراج من أرض المرأة والصبي والاراضي الموقوفة لان وقفها اخراج من مستحق الى مستحق وبذلك لا يبطل الخراج كالبيع والهبة وينبغي أن يطالب بذلك الناظر

﴿باب الجزية﴾

هذا هو الضرب الثاني من الخراج وقدم الاول لقوته اذ يجب أسلموا أو لم يسلموا بخلاف الجزية لا يلزمون بها الا اذا لم يسلموا ولانه حقيقة الخراج لانه اذا أطلق الخراج فانما يتبادر خراج الارض ولا يطلق على الجزية الا مقيدا فيقال خراج الرأس وعلامة المجاز لزوم التقييد وتجمع الجزية على جزى كلحية

قال المصنف (وعلى هذا الخلاف الزكاة) أقول لو اشترى أرضا عشرية أو خراجية للتجارة ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا وعنده تجب الزكاة مع أحدهما ومحمد معه فيه ودلائل الطرفين مذكورة في الشروح

﴿باب الجزية﴾

(قوله أجيب بأن الجزية الى قوله كالاسترقاق الخ) أقول هذا الجواب مع سؤاله في شرح الاتقاني الا أن الاظهر في الجواب هو الشق الاول حيث يوهم الثاني جواز وضع الجزية على النسوان والزمن وأمثالهما ثم يجوز أن يجاب بأنه بدل عن النصرة لما سيجيء فليتأمل

(وهى على ضربين جزية توضع بالتراضى والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق) كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألف ومائتى حلة ولان الموجب هو التراضى فلا يجوز التعدى الى غير ما وقع عليه الاتفاق (وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغنى الظاهر الغنى فى كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منهم فى كل شهر أربعة دراهم وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما فى كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهما فى كل شهر درهما) وهذا عندنا وقال الشافعى يضع على كل حالم دينارا أو ما يعدل الدينار الغنى والفقير فى ذلك سواء لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا

ولحى وهى فى اللغة الجزاء وانما بنيت على فعلة للدلالة على الهيئة وهى هيئة الاذلال عند الاعطاء على ما سيعرف (وهى على ضربين جزية توضع بالتراضى والصلح) عليها (فتتقدر بحسب ما عليه الاتفاق) فلا يزاد عليه تحرزا عن الغدر وأصله صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران وهم قوم نصارى بقرب اليمن على ألفى حلة فى العام على ما فى أبى داود عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفى حلة النصف فى صفر والنصف فى رجب انتهى وصالح عمر رضى الله عنه نصارى بنى تغلب على أن يؤخذ من كل منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب فلزم ذلك وتقدم تفصيله فى الزكاة هذا وقد قال أبو يوسف فى كتاب الخراج وأبو عبيدة فى كتاب الاموال فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أهل نجران بعد أن قال على ألفى حلة كل حلة أوقية يعنى قيمتها أوقية وقول الولوالجى كل حلة خمسون درهما ليس بصحيح لان الاوقية أربعون درهما والحلة ثوبان ازار ورداء وتعتبر هذه الحلل فى مقابلة ما يؤخذ من رؤسهم وأراضيهم قال أبو يوسف ألفا حلة على أراضيهم وعلى جزية رؤسهم تقسم على رؤس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل أرض من أراضى نجران وان كان بعضهم قد باع أرضه أو بعضها من مسلم أو ذمى أو تغلبى والمرأة والصبى فى ذلك سواء فى أراضيهم وأما جزية رؤسهم فليس على النساء والصبيان اه يعنى أن ما وقع عليه الصلح يؤخذ سواء باع بعضهم أرضه أو لم يبع ثم اذا باع أرضه يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله ويؤخذ الخراج من المشترى المسلم وعشران من التغلبى المشترى وقول المصنف على ألف ومائتى حلة غير صحيح وكذا قوله بنى نجران فان نجران اسم أرض من حيز اليمن لا اسم أبى قبيلة فلذا كان الثابت فى الحديث أهل نجران (و) الضرب الثانى (جزية يبتدئ الامام بتوظيفها اذا غلب على الكفار) ففتح بلادهم (وأقرهم على أملاكهم) فهذه مقدرة بقدر معلوم شاؤا أو أبوا رضوا أو لم يرضوا (فيضع على الغنى فى كل سنة ثمانية وأربعين درهما) بوزن سبعة (يأخذ من أحدهم فى كل شهر أربعة دراهم وعلى أوسط الحال أربعة وعشرين درهما فى كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهما فى كل شهر درهما) واحدا (وقال الشافعى يضع على كل حالم) أى بالغ (دينارا) أو اثنى عشر درهما وقال بعض مشايخهم الامام مخير بينهما والدينار فى القواعد الشرعية بعشرة الا فى الجزية فانه يقابل باثنى عشر درهما لان عمر قضى بذلك وعند عامة أصحابهم لا يعتبر الدينار الا بالسعر والقيمة ويستحب للامام أن يماكسهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغنى أربعة دنانير وقال مالك رحمه الله يؤخذ من الغنى أربعون درهما أو أربعة دنانير ومن الفقير عشرة دراهم أو دينار وقال الثورى وهو رواية عن أحمد هى غير مقدرة بل تفوض الى رأى الامام لانه عليه الصلاة والسلام أمر معاذا بأخذ الدينار وصالح هو عليه الصلاة والسلام نصارى نجران على ألفى حلة وعمر جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا وصالح

(قوله وهى على ضربين) ظاهر ونجران بلاد وأهلها نصارى والحلة ازار ورداء هو المختار ولا تسمى حلة حتى تكون ثوبين وقوله (ولان الموجب هو التراضى) أى الموجب لتقرير ما وقع عليه الاتفاق من المال هو التراضى لا الموجب لوجوب الجزية فان موجبه فى الاصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد أن غلبوا وقوله (فيضع على الغنى الظاهر الغنى) قال الامام فخر الاسلام من ملك ما دون المائتين أو لا يملك شيأ لكنه معتمل فعليه اثنا عشر ومن ملك مائتى درهم فصاعدا الى عشرة آلاف درهم وهو معتمل أيضا فعليه أربعة وعشرون درهما ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا الى ما لا نهاية له وهو معتمل أيضا فعليه ثمانية وأربعون ثم قال وانما شرط المعتمل لان الجزية عقوبة فانما تجب على من كان من أهل القتال حتى لا يلزم الزمن منهم جزية وان كان مفرطا فى اليسار قال والمعتمل هو الذى يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة وكان الفقيه أبو جعفر يقول ينظر الى عادة كل بلد لان عادة البلدان مختلفة فى الغنى ألا ترى أن صاحب خمسين ألفا ببلخ يعد من المكثرين وان كان ببغداد أو بالبصرة لا يعد من المكثرين وفى بعض البلدان صاحب عشرة آلاف يعد من المكثرين فيعتبر عادة كل بلد وذكر هذا القول عن أبى نصر محمد بن سلام وقوله صلى الله عليه وسلم من كل حالم وحالمة معناه بالغ وبالغة

بنى

قال المصنف (كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم) أقول الكاف للتعليل ولذلك عطف عليه قوله ولان الموجب الخ

أو عدله معافر من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذرارى والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغنى ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلى ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والانصار ولأنه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض

بنى تغلب على ضعف ما يؤخذ من المسلمين فهذا يدل على أنه لا تقدير فيها بشيء معين بل مفوض الى رأى الامام حتى لو نقص عن الدينار جاز وعن أحمد روايتان أخريان احداهما كقولنا والاخرى كقول الشافعى وجه قوله ما رواه أبو داود والترمذى والنسائى عن الاعمش عن أبى وائل عن مسروق عن معاذ قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وأمرنى أن آخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعا أو تبيعة ومن كل أربعين مسنة ومن كل حالم دينارا أو عدله معافر من غير فصل بين غنى وفقير قال الترمذى حديث حسن وذكر أن بعضهم رواه عن مسروق عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا قال وهو أصح ورواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم وصححه فهذا كما ترى ليس فيه ذكر الحالمة وفى مسند عبد الرزاق حدثنا معمر وسفيان الثورى عن الاعمش عن أبى وائل عن مسروق عن معاذ رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى أن قال ومن كل حالم أو حالمة دينارا أو عدله معافر وكان معمر يقول هذا غلط ليس على النساء شيء وفيه طرق كثيرة فيها ذكر الحالمة وقال أبو عبيد وهذا والله أعلم فيما نرى منسوخ إذ كان فى أول الاسلام نساء المشركين وولدانهم يقتلون مع رجالهم ويستضاء لذلك بما روى الصعب بن جثامة أن خيلا أصابت من أبناء المشركين فقال عليه الصلاة والسلام هم من آبائهم ثم أسند أبو عبيد عن الصعب بن جثامة قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أولاد المشركين أنقتلهم معهم قال نعم فانهم منهم ثم نهى عن قتلهم يوم خيبر والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس و بالكسر المثل من الجنس والمعافرى ثوب منسوب الى معافر بن مرة ثم صار اسما للثوب بلا نسبة ذكره فى المغرب وفى الفوائد الظهيرية معافر حى من همدان تنسب اليه هذه الثياب المعافرية وهذا ذكره ابن فارس فى المجمل وفى الجمهرة لابن دريد المعافر بفتح الميم موضع باليمن تنسب اليه الثياب المعافرية وفى غريب الحديث للقتبى البرد المعافرى منسوب الى معافر من اليمن وفى الجمهرة قال الاصمعى ثوب معافر غير منسوب فمن نسب فهو خطأ عنده (ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل ولهذا لم تجب على من لم يجز قتله بسبب الكفر كالذرارى والنساء وهذا المعنى ينتظم) فيه (الغنى والفقير) لان كلا منهم يقتل (قوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلى) ذكره الأصحاب فى كتبهم عن عبد الرحمن بن أبى ليلى عن الحكم أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وجه حذيفة بن اليمان وعثمان ابن حنيف الى السواد فمسحا أرضها ووضعا عليها الخراج وجعلا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا أخبراه بذلك ثم عمل عثمان كذلك ثم عمل على كذلك وروى ابن أبى شيبة حدثنا على بن مسهر عن الشيبانى عن أبى عون محمد بن عبيد الله الثقفى قال وضع عمر بن الخطاب فى الجزية على رؤس الرجال على الغنى ثمانية وأربعين درهما وعلى المتوسط أربعة وعشرين وعلى الفقير اثنى عشر درهما وهو مرسل ورواه ابن زنجويه فى كتاب الأموال حدثنا أبو نعيم حدثنا مندل عن الشيبانى عن أبى عون عن المغيرة بن شعبة أن عمر وضع الى آخره وطريق آخر رواه ابن سعد فى الطبقات الى أبى نضرة أن عمر وضع الجزية على أهل الذمة فيما فتح من البلاد فوضع على الغنى الى آخره ومن طريق آخر أسنده أبو عبيد القاسم بن سلام الى حارثة بن مضرب عن عمر أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثنى عشر وقد كان ذلك بحضرة الصحابة بلا نكير فحل محل الاجماع ثم عارض المصنف معناه بقوله (ولانه) أى الجزية (وجب نصرة للمقاتلة) أى خلفا عن نصرة مقاتلة أهل الدار لأن من هو من أهل دار الاسلام عليه نصرتهم وقد فاتت عليهم الى اهل الدار المعادين لنا لاصرارهم

(أو عدله معافر) أى أو خذ مثل دينار بردا من هذا الجنس يقال ثوب معافرى منسوب الى معافر بن مرة ثم صار له اسما بغير نسبة وذكر فى الفوائد الظهيرية معافر حى من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بفتح العين مثله اذا كان من خلاف جنسه و بالكسر مثله من جنسه (قوله ولأنه وجب نصرة للمقاتلة) وكل ما وجب نصرة للمقاتلة وجب متفاوتا (كما فى خراج الارض

وقوله (وهذا) اشارة الى قوله ولانه وجب نصرة للمقاتلة يعنى وانما قلنا ان الجزية وجبت نصرة للمقاتلة لانها تجب بدلا عن النصرة للمسلمين ببذل النفس والمال لان كل من كان من أهل دار الاسلام تجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون فى سبيل الله بأموالكم وأنفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون لكن الكافر لما لم يصلح لنصرتنا لميله الى دار الحرب اعتقادا قام الخراج المأخوذ منه المصروف الى الغزاة مقام النصرة بالنفس ثم النصرة من المسلم تتفاوت اذ الفقير ينصر دارنا راجلا ومتوسط الحال ينصرها راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه واركاب غيره ثم الاصل لما كان متفاوتا تفاوت الخراج الذى قام مقامه فان قيل النصرة طاعة الله وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة أجيب بان الخلفية عن النصرة فى حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب أموالهم بمنزلة مالو أعاروا دوابهم للمسلمين (ومارواه محمول على أنه كان صلحا) والدليل على ذلك انه أمر بالاخذ من النساء والجزية لا تجب على النساء قال (وتوضع الجزية على أهل الكتاب) سواء كانوا من العرب أو من العجم (لقوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية

وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ماهو بدله ومارواه محمول على أنه كان صلحا ولهذا أمره بالاخذ من الحالمة وان كانت لا يؤخذ منها الجزية قال (وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس) لقوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية

على الكفر ولهذا صرفت الى المقاتلة ووضعت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال لو كانوا مسلمين فتختلف باختلاف حالهم لان نصرة الغنى لو كان مسلما فوق نصرة المتوسط والفقير فانه كان ينصر راكبا ويركب معه غلامه والمتوسط راكبا فقط والفقير راجلا وهذا معنى قول المصنف (وذلك) أى النصرة (يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ماهو بدله) يعنى الجزية والحاقا بخراج الارض فانه وجب على التفاوت فأورد عليه لو كانت خلفا عن النصرة لزم أن لا تؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين سنة متبرعين أو بطلب الامام منهم ذلك والحال أنها تؤخذ منهم مع ذلك أجيب بأن الشارع جعل نصرتهم بالمال وليس للامام تغيير المشروع وتحقيقه أن النصرة التى فاتت نصرة المسلمين فنصرة الاسلام فاتت بالكفر فأبدلت بالمال وليس نصرتهم فى حال كفرهم تلك النصرة الفائتة فلا يبطل خلفها ثم سيجى مما يفيد أن الجزية خلف عن قتلهم والوجه أنها خلف عن قتلهم ونصرتهم جميعا قال (ومارواه) من وضع الدينار على الكل (محمول على أنه كان صلحا) فان اليمن لم تفتح عنوة بل صلحا فوقع على ذلك وقلنا ولأن أهل اليمن كانوا أهل فاقة والنبى صلى الله عليه وسلم يعلم ففرض عليهم ما على الفقراء يدل على ذلك ماروى البخارى عن أبى نجيح قلت لمجاهد ماشأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل اليسار هذا ثم اختلف فى المراد من الغنى والمتوسط والفقير فقيل ان كان له عشرة آلاف درهم فهو موسر ومن كان له مائتان فصاعدا مالم يصل الى العشرة فمتوسط ومن كان معتملا فهو مكتسب وعن بشر بن غياث من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فموسر وان ملك بلا فضل فهو الوسط ومن لم يكن له قدر الكفاية فهو المعتمل أى المكتسب وقال الفقيه أبو جعفر ينظر الى عادة كل بلد فى ذلك ألا ترى أن صاحب خمسين ألفا ببلخ يعد من المكثرين وفى البصرة وبغداد لا يعد مكثرا وذكره عن أبى نصر محمد بن سلام و يعتبر وجود هذه الصفات فى آخر السنة والمعتمل المكتسب والاعتمال الاضطراب فى العمل وهو الاكتساب وقيد بالاعتمال لانه لو كان مريضا فى نصف السنة فصاعدا لا يجب عليه شئ أما لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية كمن عطل الارض (قوله وتوضع الجزية على أهل الكتاب) اليهود ويدخل فيهم السامرة فانهم يدينون بشريعة موسى صلى الله عليه وسلم الا أنهم يخالفونهم فى فروع والنصارى ويدخل فيهم الفرنج والأرمن لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ماحرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وأما الصابئون ففيه الخلاف من قال هم من النصارى أو قال هم من اليهود فهم من أهل الكتاب ومن قال يعبدون الكواكب فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الأوثان وفى فتاوى قاضيخان وتؤخذ أى الجزية من الصابئة عند أبى حنيفة خلافا لهما وأطلق فى أهل الكتاب فشمل أهل الكتاب من العرب والعجم وأما المجوس عبدة النار ففى البخارى ولم يكن عمر رضى الله عنه أخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر

(قوله لانها تجب بدلا عن النصرة) أقول من ههنا الى قوله قام مقامه عين عبارة الاتقانى (قوله لان كل من كان من أهل دار الاسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال قال الله تعالى الخ) أقول فى الدلالة بحث (قوله فان قيل النصرة طاعة الخ) أقول السؤال والجواب مذكوران فى النهاية

(وعلى المجوس لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الجزية على المجوس) روى البخارى أن عمر رضى الله عنه لم يكن يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر وهجر اسم بلد فى البحرين (وعبدة الاوثان من العجم) وهو بالجر عطفا على أهل الكتاب وقيد بقوله من العجم احترازا عن عبدة الاوثان من العرب فانه لا توضع عليهم الجزية على ماذكر فى الكتاب (وفيه خلاف الشافعى رحمه الله) وكلامه ظاهر (ولنا أنه يجوز استرقاقهم) وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم (لان كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم) أما الاسترقاق فظاهر لان نفع الرقيق يعود الينا جملة وأما الجزية فلان الكافر يؤديها من كسبه والحال أن نفقته فى كسبه فكان اذا كسبه الذى هو سبب حياته الى المسلمين دارة راتبة فى معنى أخذ النفس منه حكما ونوقض بأن من جاز استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على النساء والصبيان واللازم باطل وأجيب بان ذلك لمعنى آخر وهو أن الجزية بدل النصرة ولا نصرة على المرأة والصبى فكذا بدله وهذا ليس بدافع بل هو مقرر للنقض والصواب أن قبول المحل شرط تأثير المؤثر فكان معنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كان المحل قابلا والمرأة والصبى ليسا كذلك لأن الجزية انما تكون من الكسب وهما عاجزان عنه وقوله (وان ظهر عليهم) أى على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم (قبل ذلك) أى قبل وضع الجزية عليهم (فهم ونساؤهم وصبيانهم فىء) أى غنيمة المسلمين لجواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ) على ماذكر فى الكتاب وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه الا السيف أو الاسلام

ووضع رسول الله صلى الله عليه وسلم الجزية على المجوس قال (وعبدة الاوثان من العجم) وفيه خلاف الشافعى هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا أنا عرفنا جواز تركه فى حق أهل الكتاب بالكتاب وفى حق المجوس بالخبر فبقى من وراءهم على الاصل ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب و يؤدى الى المسلمين ونفقته فى كسبه (وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فىء) لجواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين) لان كفرهما قد تغلظ أما مشركو العرب فلأن النبى صلى الله عليه وسلم نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة فى حقهم أظهر وأما المرتد فلأنه كفر بربه بعد ما هدى للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام أو السيف

وهذا قول المصنف (ووضع عليه الصلاة والسلام الجزية على المجوس) وهجر بلدة فى البحرين (قوله وعبدة الاوثان) بالجر أى ويوضع على عبدة الاوثان من العجم (وفيه خلاف الشافعى هو يقول القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا أنا عرفنا جواز تركه) الى الجزية (فى حق أهل الكتاب بالقرآن) أعنى ما تلوناه من قوله تعالى حتى يعطوا الجزية (وفى المجوس بالخبر) الذى ذكرناه فى صحيح البخارى (فبقى من وراءهم على الاصل ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم) بجامع أن كلا من الاسترقاق والجزية (يشتمل على سلب النفس منهم) اما الاسترقاق فظاهر أنه يصير منفعة نفسه لنا وكذا الجزية (فانه يكتسب ويؤدى الى المسلمين و) الحال أن (نفقته فى كسبه) فقد أدى حاجة نفسه الينا أو بعضها فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذى استدل به وذلك لانه عام مخصوص باخراج أهل الكتاب والمجوس عند قبولهم الجزية كما ذكر فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وانما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لأنهم صاروا أتباعا لاصولهم فى الكفر فكانوا أتباعا فى حكمهم فكان الجزية على الرجل واتباعه فى المعنى ان كان له أتباع والا فهى عنه خاصة (قوله وان ظهر عليهم) أى على من تقدم ذكرهم من أهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم (قبل ذلك) أى قبل وضع الجزية (فهم فىء) وللامام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية (قوله ولا توضع) الجزية (على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما) يعنى مشركى العرب والمرتدين (قد تغلظ) فلم يكونوا فى معنى العجم (أما العرب فلأن القرآن نزل بلغتهم فالمعجزة فى حقهم أظهر) فكان كفرهم والحالة هذه أغلظ من كفر العجم (وأما المرتدون فلأن كفرهم بعد ما هدوا للاسلام ووقفوا على محاسنه) فكان كذلك (فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام أو السيف

قال المصنف (فانه يكتسب الخ) أقول دليل على اشتمال ضرب الجزية عليه (قوله فكان اذا كسبه الذى هو سبب حياته الى المسلمين دارة راتبة فى معنى أخذ النفس منه حكما) أقول قوله دارة حال وقوله راتبة حال أيضا وقوله فى معنى خبر كان ثم أقول وفى الكافى لما جاز استرقاقهم بالاجماع جاز ضرب الجزية عليهم لانهما يعتمدان معنى فالرقيق يصير مناداراً كالذمى و رفقه يعود الينا دارة كالجزية تعود الينا راتبة اهـ فعلم منه أن الاولى للشارح أن لا يذكر دارة (قوله وهذا ليس بدافع الخ) أقول فيه بحث فانه لم لا يجوز أن يقال المراد وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كانوا من أهل النصرة فانها بدل النصرة فى حق المسلمين كما سبق آنفا

(زيادة في العقوبة) عليه ولقائل أن يقول هذا منقوض بأهل الكتاب فإنه تغلظ كفرهم فإنهم عرفوا النبي معرفة تامة مميزة مشخصة ومع ذلك أنكروه وغيروا اسمه ونعته من الكتب وقد قبل منهم الجزية وأيضا الفصل بينهم وبين عبدة الأوثان من العرب بجواز استرقاقهم دون عبدة الأوثان مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم يوم أوطاس لو جرى رق على عربي لجرى اليوم من غير فصل بين عبدة الأوثان وأهل الكتاب والجواب عن الأول أن القياس كان يقتضي أن لا تقبل منهم الجزية إلا أنه ترك بالكتاب بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الآية وعن الثاني بأن مراده عليه الصلاة والسلام عربي الأصل وأهل الكتاب وإن سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا فهم ليسوا بعرب في الأصل وإنما العرب في الأصل عبدة الأوثان فإنهم أميون وقوله (وجوابه ما قلنا) يريد به قوله لأن كفرهما قد تغلظ وقوله (وإذا ظهر عليهم) أي على عبدة الأوثان من العرب والمرتدين (فنساؤهم وصبيانهم فيء) إلا أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام دون ذراري عبدة الأوثان ونسائهم لأن الإجبار على الإسلام إنما يكون بعد ثبوت حكم الإسلام في حقه وذراري المرتدين قد ثبت في حقهم تبعا لآبائهم فيجبرون عليه والمرتدات كن مقرات بالإسلام فيجبرن عليه بخلاف ذراري العبدة ونسائهم وحنيفة أبو حي من العرب وقيل المراد بني حنيفة رهط مسيلمة الكذاب (وقوله لما ذكرنا) إشارة إلى قوله فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة وقوله (لأنها وجبت بدلا عن القتل) يعني في حق المأخوذ منه (أو عن القتال) أي عن النصرة في حقنا كما تقدم ولا يجب البدل إلا على من يجب عليه الأصل والأصل وهو القتل أو القتال لا يتحقق في حق المرأة والصبي لعدم الأهلية فكذا البدل (وعن

زيادة في العقوبة وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب وجوابه ما قلنا (وإذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء) لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين (ومن لم يسلم من رجالهم قتل) لما ذكرنا (ولا جزية على امرأة ولا صبي) لأنها وجبت بدلا عن القتل أو عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الأهلية قال (ولا زمن ولا أعمى) وكذا المفلوج والشيخ الكبير

زيادة في العقوبة) لزيادة الكفر (وعند الشافعي يسترق مشركو العرب) وهو قول مالك وأحمد لأن الاسترقاق إتلاف حكما فيجوز كما يجوز إتلاف نفسه بالقتل ولنا قوله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون أي إلى أن يسلموا وروى عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال لا يقبل من مشركي العرب إلا الإسلام أو السيف وذكر محمد بن الحسن عن يعقوب عن الحسن عن مقسم عن ابن عباس وقال أو القتل مكان أو السيف وعنه عليه الصلاة والسلام لا رق على عربي وأخرجه البيهقي عن معاذ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو كان ثابت على أحد من العرب رق لكان اليوم قال المصنف (وجوابه ما قلنا) يعني من أن كفره أغلظ فلا يكون له حكم الأخف منه (قوله وإذا ظهر عليهم) أي على مشركي العرب والمرتدين (فنساؤهم وصبيانهم فيء) يسترقون لأنه عليه الصلاة والسلام استرق ذراري أوطاس وهوازن وأبو بكر استرق بني حنيفة أسند الواقدي في كتاب الردة في قتال بني حنيفة عن محمود بن لبيد قال ثم إن خالد بن الوليد صالحهم على أن يأخذ منهم الصفراء والبيضاء والكراع والسلاح ونصف السبي ثم دخل حصونهم صلحا فأخرج السلاح والكراع والأموال والسبي ثم قسم السبي قسمين وأقرع على القسمين فخرج سهمه على أحدهما وفيه مكتوب لله قال الواقدي وحدثني أبو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما قالت قد رأيت أم محمد بن علي بن أبي طالب وكانت من سبي بني حنيفة فلذلك سميت الحنفية ويسمى ابنها محمد بن الحنفية قال وحدثني عبد الله بن نافع عن أبيه قال كانت أم زيد بن عبد الله ابن عمر من ذلك السبي وحنيفة أبو حي من العرب سمي به لأن جذيمة ضربه حين التقيا فحنف رجله وضرب حنيفة يده فجذمها فسمي جذيمة وحنيفة بن (٣) لجيم بن صعب بن علي بن بكر بن وائل واعلم أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذراري عبدة الأوثان لا يجبرون وأما الزنادقة فقالوا لو جاء زنديق قبل أن يؤخذ فأخبر أنه زنديق وتاب تقبل توبته فإن أخذ ثم تاب لا تقبل توبته ويقتل لأنهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا تؤخذ منه الجزية (قوله ولا جزية على امرأة وصبي) وكذا على مجنون بلا خلاف لأن الجزية بدل عن قتلهم على قول الشافعي أو عن قتالهم نصرة للمسلمين على قولنا وهؤلاء ليسوا كذلك (ولا على أعمى أو زمن ولا المفلوج) وعن الشافعي تؤخذ منهم لاعتبارها أجرة الدار (ولا تؤخذ (من الشيخ الكبير) الذي لا قدرة له على قتال ولا كسب

(قوله وأيضا الفصل بينهم وبين عبدة الأوثان من العرب بجواز استرقاقهم) أقول قوله من العرب بيان للضمير في قوله بينهم وبين عبدة الأوثان قال المصنف (لأن أبا بكر رضي الله عنه) أقول الدليل أخص من المدعى ويمكن التعميم بالقياس قال المصنف (استرق نسوان بني حنيفة) أقول قال في القاموس حنيفة كسفينة لقب أثال بن لجيم أبي حي منهم خولة بنت جعفر الحنفية أم محمد بن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه

لما بينا وعن أبي يوسف أنه تجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأى (ولا على فقير غير معتمل) خلافا للشافعي له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولأن خراج الارض لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل (ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد) لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك (ولا يؤدى عنهم مواليهم) لأنهم تحملوا الزيادة بسببهم (ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس) كذا ذكر ههنا وذكر محمد عن أبي حنيفة أنه يوضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل

(وعن أبي يوسف تؤخذ منه اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأى) في الحرب وجه الظاهر أنه لا يقتل ولا يقاتل وهو المراد بقوله (لما بينا) والجزية بدل عنهما ويقال زمن الرجل كعلم يزمن زمانة (قوله ولا على فقير غير معتمل) أى الذى لا يقدر على العمل وان أحسن حرفة وعلى قول الشافعي عليه الجزية في ذمته (له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه) وهو قوله عليه الصلاة والسلام خذ من كل حالم (ولنا أن عثمان لم يوظف الجزية على فقير غير معتمل) أراد بعثمان هذا عثمان بن حنيف حين بعثه عمر رضي الله عنه وروى ابن زنجويه في كتاب الاموال حدثنا الهيثم بن عدى عن عمر بن نافع قال حدثني أبو بكر العبسى صلة بن زفر قال أبصر عمر شيخا كبيرا من أهل الذمة يسأل فقال له مالك قال ليس لى مال وان الجزية تؤخذ مني فقال له عمر ما أنصفناك أكلنا شبيبتك ثم نأخذ منك الجزية ثم كتب الى عماله أن لا يأخذوا الجزية من شيخ كبير (ولأن خراج الارض كما لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا خراج الرأس) بجامع عدم الطاقة لحكمة دفع الضرر الدنيوى (والحديث محمول على المعتمل) بالمعنى الذى ذكرنا وبتوظيف عمر المقترن بالاجماع جمعا بين الدليلين فان قلت ما تقدم من توظيف عمر ليس فيه المعتمل قلنا قد جاء في بعض طرقه وعلى الفقير المكتسب اثنى عشر درهما أخرجه البيهقي لا يقال فنفيه عن غير المكتسب بالمفهوم المخالف ولا يقولون به لأنا نقول ليس ذلك بلازم بل جاز أن يضاف الى الاصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر ثم انما توظف على المعتمل اذا كان صحيحا في أكثر السنة والا فلا جزية عليه لان الانسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذرا وهو ما نقص عن نصف العام (قوله ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا) وعلى الاعتبار الأول تجب لان المملوك الحربى يقتل (وعلى الاعتبار الثاني لا تجب) لان المملوك عاجز عن النصرة فامتنع الاصل في حقه فامتنع الخلف لان شرطه انتفاء الاصل وامكانه فدار بين الوجوب وعدمه (فلا تجب بالشك) والوجه أن يقال انها بدل عن القتل في حقهم وعن القتال في حقنا جميعا فلا يتحقق الثاني لما ذكرنا فلم يتحقق الموجب لانتفاء الكل بنفي الجزء وهذا ما نذكره فيما يلي هذه المسئلة وانما كان خلفا عن المجموع فلا يحسن قوله فلا تجب بالشك بل لا تجب بلا شك ثم لا يخفى أن ذكر أم الولد ليس على ما ينبغي فان من المعلوم أن لا جزية على النساء ولعله ابن أم الولد فسقطت لفظة ابن (قوله ولا يؤدى عنهم مواليهم) يعني لما قلنا لا توضع عليهم جاز أن يقال انها تؤخذ من مواليهم فيؤدون عنهم فأزال هذا الاحتمال بقوله ولا يؤدى عنهم مواليهم (لانهم تحملوا الزيادة) في الجزية حتى لزمهم جزية الأغنياء (بسببهم) فلا يؤخذ منهم عنهم شئ آخر والا كانوا ملزمين بجزيتين ويقرر بوجه آخر وهو أنهم تحملوا الزيادة بسببهم فكانت الجزية عنه وعنهم معنى شرعا فلا يجب شئ آخر وهذا بناء على أن غنى الملاك بهم لأنهم مال ويجرون المال بالكسب (قوله ولا توضع على الرهبان) جمع راهب وقد يقال للواحد رهبان أيضا وشرط أن لا يخالط الناس ومن خالط منهم عليه الجزية (هكذا ذكر) القدوري (وذكر محمد عن أبي حنيفة انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل

وقوله (لما بينا) يعني قوله وهما لا يقتلان ولا يقاتلان وقوله (له اطلاق حديث معاذ) هو قوله عليه الصلاة والسلام خذ من كل حالم وحالمة وقوله (وعلى اعتبار الثاني لا تجب) يعني أن الجزية بدل عن الامرين كما مر تقريره وعلى اعتبار الاول يجب وضع الجزية لان الاصل يتحقق في حق المماليك لان المملوك الحربي يقتل فيتحقق البدل أيضا وعلى اعتبار الثاني لا يجب لان العبد لا يقدر على النصرة فلا يجب عليه بدله وقوله (لانهم تحملوا الزيادة بسببهم) أى صار مواليهم بسببهم من صنف الاغنياء أو وسط الحال حتى وجب عليهم زيادة على مقدار الواجب على الفقير المعتمل فلو قلنا بوجوبها على الموالي بسببهم لكان وجوب الجزية مرتين بسبب شئ واحد وذلك لا يجوز وقوله (ولا توضع على الرهبان) واضح

قال(ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه) اذا أسلم من عليه الجزية أو مات كافرا أو عمى أو صار زمنا أو مقعدا أو شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او فقيرا لا يقدر على شئ وبقيت عليه الجزية سقطت عنه عندنا سواء كانت هذه العوارض قبل استكمال السنة أو بعدها (خلافا للشافعى رحمه الله له أنها وجبت بدلا عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل اليه المعوض) وكل ما وجب بدلا عن شئ وقد وصل اليه المعوض لا يسقط عنه العوض بهذا العارض) أى بالاسلام أو الموت (كما فى الاجرة والصلح عن دم العمد) فان الذمى اذا استوفى منافع الدار المستأجرة ثم أسلم أو مات لا تسقط عنه الاجرة لان المعوض قد وصل اليه وهى منافع الدار وكذا اذا قتل الذمى رجلا عمدا ثم صالح عن الدم على بدل معلوم ثم أسلم أو مات لا يسقط عنه البدل لان المعوض وهو نفسه قد سلم له وانما ردد فى قوله بدلا عن العصمة أو السكنى لاختلاف العلماء فى أن الجزية وجبت بدلا عما ذا فقال بعضهم (٣٧٤) وجبت بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعى رحمه الله لان الله تعالى آمر بالقتال ومده الى غاية وهى اعطاء الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن السكنى فى دار الاسلام لانهم مع الاصرار على الشرك لا يكونون من أهل دارنا باعتبار الاصل وانما يصيرون من أهل دارنا بما يؤدون من الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن النصرة التى فاتت باصرارهم على الكفر وقد تقدم وأعيده ههنا توضيحا وذلك لأنهم لما صاروا من أهل دارنا بقبول الذمة ولهذه الدار دار معادية وجب عليهم القيام بنصرتها ولا تصلح أبدانهم لهذه النصرة لان الظاهر أنهم يميلون الى أهل الدار المعادية لاتحادهم فى الاعتقاد فأوجب عليهم الشرع الجزية لتؤخذ منهم فتصرف الى المقاتلة فتكون خلفا عن النصرة قال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله وهو الاصح ألا ترى أن الجزية لا تؤخذ من الاعمى والشيخ الفانى والمعتوه والمقعد مع أنهم مشاركون فى السكنى لانه لم يلزمهم أصل النصرة بأبدانهم لو كانوا مسلمين فكذلك لا يؤخذ منهم ما هو خلف عنه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية) رواه ابن عباس رضى الله عنهما وهو مطلق فيجرى على اطلاقه بل الانصاف أن المراد به بعد الاسلام لان كل أحد يعلم أن المسلم لا تكون عليه جزية فتعين أن يكون المراد به أنها تسقط بالاسلام اذ لو لم تسقط لصدق أن على هذا المسلم جزية

وهو قول أبى يوسف وجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذى ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم أنه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية فى حقهم لاسقاط القتل ولا بد أن يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته فى أكثر السنة (ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه) وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعى فيهما له أنها وجبت بدلا عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما فى الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ليس على مسلم جزية

وهو قول أبى يوسف ووجه الوضع انه الذى ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل أرض الخراج) من الزراعة (ووجه وضع الجزية عنهم أنه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية فى حقهم لاسقاط القتل) ولا يخفى أن هذا أصل قول الشافعى على ما تقدم أنها عندنا بدل عن نصرتهم التى فاتت بالكفر وعنده بدل عن القتل فأفاد صحة هذا الاعتبار عندنا ولكنه ليس هو المعتبر فقط بل المجموع منه ومن كونه خلفا عن نصرتهم إيانا فتى تخلف أحدهما انتفى وجوبها وعن محمد لا جزية على السياحين قيل يجوز أنه أراد من لا يقدر على العمل منهم فيكون اتفاقا ويجوز أن يقول هو من لا يخالط الناس ومن لا يخالط الناس لا يقتل (قوله ومن أسلم وعليه جزية) بأن أسلم بعد كمال السنة (سقطت عنه وكذا اذا مات كافرا خلافا للشافعى فيهما) وكذا لو مات فى أثناء السنة أو أسلم وفى أصح قولى الشافعى لا يسقط فيهما أيضا فيسقط ما مضى وعلى هذا الخلاف لو عمى أو زمن أو أقعد أو صار شيخا كبيرا لا يستطيع العمل أو افتقر بحيث لا يقدر على شئ (له أن الجزية وجبت بدلا عن العصمة) التى ثبتت للذمى بعقد الذمة كما هو قول الشافعى (أو) بدلا (عن السكنى) فى دار الاسلام كما هو قول آخر له (وقد وصل اليه المعوض) وهو حقن دمه وسكناه الى الموت أو الاسلام وصار بذلك مستوفيا المبدل فتقرر البدل دينا فى ذمته (فلا يسقط بهذا العارض) الذى هو موته أو اسلامه كسائر الديون من الأجرة والصلح عن دم العمد فيما لو قتل رجلا عمدا فصالح على مال ثم مات قبل أدائه (ولنا ما) أخرجه أبو داود والترمذى عن جرير عن قابوس بن أبى ظبيان عن أبيه عن ابن عباس رضى الله عنهما قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية) قال أبو داود وسئل سفيان الثورى عن هذا فقال يعنى اذا أسلم فلا جزية عليه وباللفظ الذى فسره به سفيان الثورى رواه الطبرانى فى معجمه الاوسط عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال من أسلم فلا جزية عليه وضعف ابن القطان قابوسا وليس قابوس فى مسند الطبرانى فهذا بعمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل اسلامه بل هو المراد بخصوصه لانه موضع الفائدة

قال المصنف (ومن أسلم الى قوله خلافا للشافعى فيهما) أقول فى وجيز الشافعية لو أسلم أو مات بعد مضى السنة استوفى ولو مات فى أثناء السنة طولب بقسط على أحد القولين (قوله باعتبار الاصل) أقول الذى هو الاسلام لان الدار دار الاسلام (قوله وهو الاصح الخ) أقول بالنسبة الى القول الثانى كما يفهم من دليله وأيضا نحن لا ننفى كونها بدلا عن القتل (قوله وهو مطلق الخ) أقول فينفى عنه ابتداء وبقاء

وقوله (ولأنها وجبت عقوبة الخ) ظاهر واعترض بأنه ألحق ضرب الجزية فيما تقدم بالاسترقاق بالمعنى الجامع بينهما فقال ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فكيف افترقا فى البقاء حيث يبقى العبد رقيقا بعد الاسلام ولا تبقى الجزية بعده مع أن كلا منهما فى الابتداء يثبت بطريق المجازاة لكفرهم والجواب أن أداء الجزية لم يشرع الا بوصف الصغار وما شرع بوصف لا يبقى بدونه على ما عرف فى الاصول والاسلام ينافى الصغار فتسقط الجزية به بخلاف الاسترقاق فانه لم يشرع كذلك وقوله (والعصمة تثبت بكونه آدميا) جواب عن قوله إنها وجبت بدلا عن العصمة ومعناه أن العصمة ثابتة للآدمى من حيث انه آدمى لما مر أنه خلق متحملا أعباء التكاليف فلا يصلح ان تكون الجزية الطارئة بدلا عنها ولقائل أن يقول سلمنا أنها ثابتة للآدمية ولكنها سقطت بالكفر فالجزية تعيدها على ما كانت فكانت بدلا والجواب أنها لو كانت بدلا عن العصمة فاما ان تكون عن عصمة فيما مضى أو فيما يستقبل لا سبيل الى الاول وهو ظاهر ولا الى الثانى لأن الاسلام يغنى عنها وقوله (والذمى يسكن ملك نفسه) جواب عن قوله أو السكنى ومعناه أن الذمى يملك موضع السكنى بالشراء أو غيره من الاسباب فلا يجوز ايجاب البدل بسكناه فى موضع مملوك له فلو كانت الجزية اجرة كان وجوبها بالاجارة لا محالة ويشترط فيها التأقيت لان الابهام يبطلها وحيث لم يشترط التأقيت فى السكنى دل على ان الجزية لم تكن بطريق الاجارة فان قال قائل كما أنه لا يجوز أن تكون بدلا عن العصمة والسكنى فكذلك لا يجوز أن تكون بدلا عن النصرة أيضا الا ترى أن الامام لو استعان بأهل الذمة فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا عنها لسقطت لانه قد نصر بنفسه أجيب بأنها انما لم تسقط لانه حينئذ يلزم تغيير المشروع وليس للامام ذلك وهذا لأن الشرع جعل طريق النصرة فى حق الذمى المال دون النفس

ولأنها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهى والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولأن شرع العقوبة فى الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولأنها وجبت بدلا عن النصرة فى حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمى يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى

اذ عدم الجزية على المسلم ابتداء من ضروريات الدين فالاخبار به من جهة الفائدة ليس كالاخبار بسقوطها فى حال البقاء وهذا يخص السقوط بالاسلام والوجه يعم موته واسلامه وبهذا الحديث ونحوه أجمع المسلمون على سقوط الجزية بالاسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق اذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالاسلام وكذا خراج الارض وترتفع الجزية لأن كلا منهما محل الاجماع فان عقلت حكمة فذاك والا وجب الاتباع على أن الفرق بين خراج الارض والجزية واضح اذ لا اذلال فى خراج الارض لانه مؤنة الارض كى تبقى فى أيدينا والمسلم ممن يسعى فى بقائها للمسلمين بخلاف الجزية لأنها ذل ظاهر وشنار وأما الاسترقاق فلأن اسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين بخلاف الجزية فانه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم والحق الخاص فضلا عن العام ليس كالملك الخاص (قوله ولانها) أى الجزية انما (وجبت عقوبة على الكفر ولهذا سميت جزية وهى والجزاء واحد) وهو يقال على الثواب بسبب الطاعة والعقوبة بسبب المعصية ولا شك فى انتفاء الاول ولذا أخذت بطريق الاذلال بل هذا ضرورى من الدين فتعين أنها عقوبة على معصية الكفر دنيوية لا بدل معاوضة كما ظنه (فتسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت) ولهذا لا يضرب من سبق موته اقامة حد ثبت عليه ولان العقوبة الدنيوية لا تكون الا لدفع شره فى الدنيا بحسب ما يكون ذلك الشر والشر الذى يتوقع بسبب الكفر الحرابة والفتنة عن الدين الحق (وقد اندفع بالموت والاسلام) وهذا لا ينافى كونها بدلا أى خلفا عن النصرة لنا فكانت عقوبة دنيوية على كفره الذى هو سبب حرابته دفعا لها باضعافه بأخذها منه وبدلا عن نصرته الفائتة بكفره واذا كانت خلفا أيضا عن النصرة انتفت بالاسلام لأن شرط الخلف عدم القدرة على الاصل وقد قدر عليها بالاسلام وأما قوله انها بدل عن العصمة فهى ثابتة بالآدمية على ما تقدم من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كلف به أو لظهور خلافه منه فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية وقوله بدلا عن السكنى قلنا ان الذمى يسكن ملك نفسه فلا تكون أجرة ولانه بعقد الذمة صار من أهل الدار فلا يؤخذ منه بدل تمكنه من الاقامة بها والاحسن ترك الكلام فى ابطال الامرين فان

قال المصنف (ولا تقام بعد الموت الخ) أقول يعنى من قبلنا بل الله يقيمها قال الله تعالى ولنذيقنهم من العذاب الادنى دون العذاب الاكبر لعلهم يرجعون قال المصنف (وقد اندفع بالموت والاسلام) أقول لم لا يجوز أن يكون المقصود دفع شر غيره وذلك لا يندفع بالموت (قوله والاسلام ينافى الصغار الخ) أقول أنت خبير بأن الرق نفسه صغار بل لا صغار فوقه فالاولى أن يجاب بجواب غيره (قوله لما مر أنه خلق متحملا) أقول فى أواخر باب المستأمن (قوله ولكنها سقطت بالكفر) أقول كما سبق فى باب المستأمن (قوله لا سبيل الى الاول وهو ظاهر) أقول فيه بحث ألا يرى الى قول الشافعى وقد وصل اليه العوض

قال (فان اجتمعت عليه الحولان) أنث فعل الحولين إما باعتبار حذف المضاف أى اجتمعت جزية الحولين وإما بتأويل السنتين وأتى بعبارة الجامع الصغير لتفصيل فى اللفظ ولابهام فى قوله وجاءت سنة أخرى على ماينبه وكلامه واضح وقوله (وقيل لاتداخل فيه بالاتفاق) يحتاج الى بيان الفرق بينهما

والفرق أن الخراج فى حالة البقاء مؤنة من غير التفات الى معنى العقوبة ولهذا اذا اشترى المسلم أرضا خراجية يجب عليه الخراج فجاز أن لاتتداخل بخلاف الجزية فانها عقوبة ابتداء وبقاء ولهذا لم تشرع فى حق المسلم أصلا والعقوبات تتداخل وقوله (لهما فى الخلافية) أى فيما اذا اجتمع عليه الحولان (أن الخراج وجب عوضا) على ما تقدم وكل ماوجب عوضا اذا اجتمع وأمكن استيفاؤه يستوفى كما فى سائر الاعواض وقد أمكن لان الفرض أنه حى واستيفاء المال من الحى ممكن اذا لم يمنع منه الاسلام (بخلاف ما اذا أسلم) وقوله (ولأبى حنيفة) ظاهر وقوله (على ما بيناه) أراد به ماذكره قبل هذا بقوله ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولقائل أن يقول قد تكرر فى كلامهم أنها وجبت بدلا عن النصرة أو السكنى أو العصمة وتكرر أيضا فيه أنها وجبت عقوبة على الكفر ومعنى العقوبة غير معنى البدلية عن شئ فيلزم توارد علتين على معلول واحد بالشخص وذلك باطل والجواب عن ذلك أن كونها عقوبة لازم من لوازم كونه بدلا عن النصرة لان ايجاب النصرة لغير أهل دينه يستلزم عقوبة لامحالة وقوله (ولهذا) توضيح لقوله وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر والتلبيب أخذ موضع اللبب من الثياب واللبب موضع القلادة من الصدر وقوله (ولأنها وجبت بدلا عن القتل) استدلال من جهة الملزوم وما تقدم كان من جهة اللازم وكلامه ظاهر وقد بيناه من قبل

(وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفى الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ) وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ منه وهو قول الشافعى رحمه الله (وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه فى قولهم جميعا وكذلك ان مات فى بعض السنة) أما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لاتداخل فيه بالاتفاق لهما فى الخلافية أن الخراج وجب عوضا والأعواض اذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها تستوفى وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالى السنين بخلاف ما اذا أسلم لأنه تعذر استيفاؤه ولأبى حنيفة أنها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على مابيناه ولهذا لاتقبل منه لو بعث على يد نائبه فى أصح الروايات بل يكلف أن يأتى به بنفسه فيعطى قائما والقابض منه قاعد وفى رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول أعط الجزية ياذمى فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولأنها وجبت بدلا عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا كما ذكرنا لكن فى المستقبل لافى الماضى

العصمة الاصلية زالت بالكفر وهذه عصمة متجددة بالجزية ويكفى ماذكرنا من دلالة أنها عقوبة جزاء ثم تثبت العصمة معها بالتمكن من اقامتها وهذا لأنها عقوبة مستمرة لاستمرار السبب وهو كفره الداعى الى حرابه ولا يتمكن من اقامة هذه العقوبة على الاستمرار الا بعصمته (فان اجتمعت عليه الحولان تداخلت) أى الجزية أنث فعل الحولين لتأويله بالسنتين ولاداعى الى ذلك من أول الامر أو بتقدير مضاف أى جزية حولين ولفظ القدورى فيما ذكره الاقطع وان اجتمع عليه حولان (وفى الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ منه وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ منه فان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه فى قولهم جميعا وكذا ان مات فى بعض السنة أما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف) فاذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراج عنده وعندهما يؤخذ منه ما مضى (وقيل لاتداخل) فيؤخذ ما مضى (بالاتفاق لهما فى الخلافية) وهى تداخل الجزية (أن الخراج) أى الجزية لأنها خراج الرأس (وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها) على الوجه المأمور به (تستوفى وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالى السنين) لانه مادام كافرا أمكن استيفاؤه على وجه الصغار والاذلال له (بخلاف ما اذا أسلم لانه تعذر استيفاؤه) لان المسلم لايجب اذلاله بل يجب توقيره وأنت تعلم أن كونها وجبت عوضا وكون المتحصل منها أعواضا خلاف ماتقدم وانه بقول الشافعى أليق) فان أريد بالاعواض الاجزية الواقعة عقوبة تم عليهما وجه أبى حنيفة القائل والعقوبات تتداخل حتى قلنا بتداخل كفارات الافطار فى رمضان مع انها عقوبة وعبادة غير أن المرجح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة محضة وقوله (ولهذا الخ) استيضاح على أنها عقوبة يعنى (لو بعث بها على يد نائبه لاتقبل منه فى أصح الروايات بل يكلف أن يأتى بها بنفسه فيعطى قائما والقابض جالس وفى رواية يأخذ بتلبيبه) وهو مايلى صدره من ثيابه (ويقول أعط الجزية ياذمى) وقبولها من النائب يفوت المأمور به من اذلاله عند الاعطاء قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ووجه آخر (أنها وجبت بدلا عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا كما ذكرنا لكن فى المستقبل) يعنى عن القتل فى المستقبل والنصرة فى المستقبل

وقوله (حمله بعض المشايخ على المضى مجازا) قال الامام فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير اختلف مشايخنا فى قوله جاءت سنة أخرى فقال بعضهم معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهما لأنها عند آخر الحول تجب وهذا ضرب من المجاز لأن مجىء كل شهر بمجىء أوله وأقول فى مجوز المجاز أن مجىء الشهر يستلزم مجىء الآخر لا محالة وذكر الملزوم وارادة اللازم مجاز وقال بعضهم معناه دخول أولها لأن الجزية تجب بأول الحول والتأخير الى آخره تخفيف وتأجيل عند أبى حنيفة وعلى هذا يتحقق التداخل عند مضى شهر بلا ارتكاب المجاز وكلامه واضح وقوله (على ما قررناه) اشارة الى قوله لان القتل انما يستوفى لحراب قائم فى الحال لا لحراب ماض الخ ويحتاج الى الجواب عن الزكاة وهو أن الزكاة وجبت فى آخر الحول لانها تجب فى المال النامى وحولان الحول (٣٧٧) هو الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول الاربعة على ما مر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الأداء

لان القتل انما يستوفى لحراب قائم فى الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة فى المستقبل لان الماضى وقعت الغنية عنه ثم قول محمد فى الجزية فى الجامع الصغير وجاءت سنة أخرى حمله بعض المشايخ على المضى مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضى ليتحقق الاجتماع فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند أبى حنيفة بأول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجىء والاصح أن الوجوب عندنا فى ابتداء الحول وعند الشافعى فى آخره اعتبارا بالزكاة ولنا أن ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا فى المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضى الحول فأوجبناه فى أوله

﴿فصل﴾ (ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة فى دار الاسلام) لقوله عليه الصلاة والسلام لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة والمراد إحداثها (وان انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها) لان الابنية لا تبقى دائما ولما أقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا أنهم لا يمكنون من نقلها لانه إحداث فى الحقيقة

المستقبل (لان القتل انما يستوفى لحراب قائم فى الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة فى المستقبل لان الماضى وقعت الغنية عنه) بانقضائه فانقطعت الحاجة فيه الى شىء من الاشياء وفى المبسوط ولان المقصود ليس هو المال بل استذلال الكافر واستصغاره وهذا المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة (ثم قول محمد فى الجامع وجاءت سنة أخرى حمله بعض المشايخ على مضى السنة مجازا فقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضى ليتحقق الاجتماع) فى الحولين أو فى الجزيتين (فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته) وهو أن يراد دخول أول السنة فان مجىء الشهر بمجىء أوله ومجىء السنة بمجىء أولها والاصح هو هذا (فالوجوب عندنا بأول السنة وعند الشافعى رحمه الله فى آخره اعتبارا بالزكاة ولنا أن ما وجبت) الجزية (بدلا عنه) وهو النصرة (والقتل لا يتحقق الا فى المستقبل على ما قررناه) من أن القتل انما يستوفى لحراب قائم فى الحال دفعا للضرر عن المسلمين وبدلا عن نصرتهم وانما يحتاج الى ذلك فى المستقبل بخلاف الزكاة لان الوجوب فى المال النامى فلا بد من الحول ليتحقق الاستنماء فلم تجب قبله لعدم اتصافه بذلك قبله ثم أقيم الحول مقام النماء لانه الممكن منه فصار المال به ناميا تقديرا

﴿فصل﴾ لما كانت هذه الاحكام تتعلق بالذمى باعتبار غيره وما مضى باعتبار نفسه قدم تلك (قوله ولا يجوز إحداث بيعة) بكسر الباء (ولا كنيسة فى دار الاسلام) وهما متعبد اليهود والنصارى ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وفى ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة بل الكنيسة لمتعبد الفريقين ولفظ الدير للنصارى خاصة وقيد المصنف عموم دار الاسلام بالامصار دون القرى لان

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان ما يجب على أهل الذمة بسكناهم فى دار الاسلام شرع فى بيان ما يجوز لهم أن يفعلوا مما يتعلق بالسكنى (ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة فى دار الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة) والخصاء بكسر الخاء والمد على وزن فعال مصدر خصاه اذا نزع خصيتيه والاخصاء فى معناه خطأ ذكره فى المغرب والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة هى أن احداث الكنيسة فى دار الاسلام ازالة لفحولية أهل داره معنى كما أن الخصاء ازالة لفحولية الحيوان ان كان الخصاء على حقيقته وان كان المراد به التبتل والامتناع عن النساء بملازمة الكنائس فالمناسبة ظاهرة والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام ولا كنيسة احداثها فهو نفى بمعنى النهى أى لا تحدث كنيسة فى دار الاسلام ويقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذا البيعة كان مطلقا فى الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى

قال المصنف (والاصح أن الوجوب عندنا فى ابتداء الحول) أقول سيجىء فى آخر كتاب الكراهية أن فى زماننا يؤخذ الخراج فى آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح قال المصنف (وعند الشافعى فى آخره اعتبارا بالزكاة) أقول قال الاتقانى قياسه ممنوع لان الزكاة تجب بأول الحول عندنا وشرط الحول للتخفيف اهـ قال الزيلعى ولا يلزمنا الزكاة لأنها انما وجبت فى آخر الحول ليتحقق النماء أوهى لا تجب الا فى المال النامى اهـ

﴿فصل﴾ ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة فى دار الاسلام (قوله والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة الى قوله فالمناسبة ظاهرة) أقول فحينئذ يكون كقوله عليه الصلاة والسلام لا رهبانية فى الاسلام

والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلاة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لأن الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى أيضا لأن فيها بعض الشعائر والمروى عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لأن أكثر أهلها أهل الذمة

الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فاحداثها فيها معارضة باظهار ما يخالفها فلا يجوز بخلاف القرى ثم ذكر أن في قرى ديارنا أيضا لاتحدث في هذا الزمان (والمروى عن صاحب المذهب) يعني أبا حنيفة رضي الله عنه كان (في قرى الكوفة لان أكثر أهلها أهل ذمة) بخلاف قرى المسلمين اليوم ولذا قال شمس الائمة في شرحه في كتاب الاجارات الاصح عندي أنهم يمنعون عن ذلك في السواد وان كان هو في السير الكبير قال ان كانت قرية غالب أهلها أهل الذمة لايمنعون وأما القرية التي سكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على ماذكرنا فصار اطلاق منع الاحداث هو المختار فصدق تعميم القدوري منعها في دار الاسلام (والصومعة) وهو ما يبنى (للتخلي) عن الناس والانقطاع (فيها) لهم مثلها فيمنع أيضا وكذا يمنع بيت نار ثم قال القدوري (وان انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها) قال المصنف (لان الابنية لاتبقى دائما ولما أقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة ضمنا غير أنهم لايمكنون من نقلها من مكان الى آخر لانها احداث) في ذلك المكان المنقول اليه فلا يجوز وفي هذا التعليل اشارة الى أن ذلك اذا كان باقرار الامام اياهم على ذلك وذلك اذا صالحهم على اقرارهم على أراضيهم سواء كان اماما في زمن الصحابة والتابعين أو بعدهم قيل أمصار المسلمين ثلاثة أحدها ما مصره المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط فلا يجوز فيها احداث بيعة ولا كنيسة ولا مجتمع لصلاتهم ولا صومعة باجماع أهل العلم ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس وثانيها ما فتحه المسلمون عنوة فلا يجوز فيها احداث شئ بالاجماع وما كان فيها شئ من ذلك هل يجب هدمه فقال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية يجب وعندنا جعلهم ذمة أمرهم أن يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلاتهم فيها ولكن لاتهدم وهو قول للشافعي ورواية عن أحمد لان الصحابة فتحوا كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولا ديرا ولم ينقل ذلك قط وثالثها ما فتح صلحا فان صالحهم على أن الارض لهم والخراج لنا جاز احداثهم وان صالحهم على أن الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم في الكنائس على ما وقع عليه الصلح فان صالحهم على شرط تمكين الاحداث لايمنعهم الا أن الاولى أن لايصالحهم الا على ما وقع عليه صلح عمر رضي الله عنه من عدم احداث شئ منها وان وقع الصلح مطلقا لايجوز الاحداث ولا يتعرض للقديمة ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير بالاجماع انتهى وقوله يمنعون من شرب الخمر أي التجاهر به واظهاره وفي المحيط لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لايمنعون انتهى وقال محمد كل قرية من قرى أهل الذمة أو مصر أو حديقة لهم أظهروا فيها شيأ من الفسق مثل الزنا والفواحش التي يحرمونها في دينهم يمنعون منه وكذا عن المزامير والطنابير والغناء ومن كسر شيأ من ذلك لم يضمن واعلم أن البيع والكنائس القديمة في السواد لاتهدم على الروايات كلها وأما في الامصار فاختلف كلام محمد فذكر في العشر والخراج تهدم القديمة وذكر في الاجارة أنها لاتهدم وعمل الناس على هذا فانا رأينا كثيرا منها توالت عليها أئمة وأزمان وهي باقية لم يأمر بهدمها امام فكان متوارثا من عهد الصحابة رضي الله عنهم وعلى هذا لو مصرنا برية فيها دير أو كنيسة فوقع في داخل السور ينبغي أن لايهدم لأنه كان مستحقا للأمان قبل وضع السور فيحمل ما في جوف القاهرة من الكنائس على ذلك لانها كانت فضاء فادار العبيديون عليها السور ثم فيها الآن كنائس ويبعد من امام تمكين الكفار من احداثها جهارا في جوف المدن الاسلامية فالظاهر أنها كانت في الضواحي فأدير السور عليها فأحاط بها وعلى هذا فالكنائس الموجودة الآن في دار الاسلام

وقوله (والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة) أي لايمكنون من احداث الصومعة التي يتخلون فيها أيضا للعبادة (بخلاف موضع الصلاة) أي صلاة الذمي (في البيت) فانهم يمكنون من ذلك (لانه تبع للسكنى) وقوله (والمروى عن صاحب المذهب) أي عن أبي حنيفة رضي الله عنه والمراد بالمروي هو ما ذكره آنفا بقوله وهذا في الامصار دون القرى

وفى أرض العرب يمنعون من ذلك فى أمصارها وقراها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب

غير جزيرة العرب كلها ينبغى أن لا تهدم لانها ان كانت فى أمصار قديمة فلاشك أن الصحابة أو التابعين حين فتحوا المدينة علموا بها وبقوها وبعد ذلك ينظر فان كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بأنهم بقوها مساكن لا معابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب وان عرف أنها فتحت صلحا حكمنا بأنهم أقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الاظهار وانظر الى قول الكرخى انهم اذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا فى كنائسهم القديمة من ذلك ما أحبوا فأما أن يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر فى المصر فليس لهم ذلك ولكن ليخرجوا خفية من كنائسهم واستدل المصنف على عدم الاحداث (بقوله صلى الله عليه وسلم لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة) قال المصنف رحمه الله (المراد احداثها) وهذا لأن البيعة قد تحققت كثيرا من الصحابة فى الصلح وفى رواية البيهقى تصريح بذلك فى سننه عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا خصاء فى الاسلام ولا بنيان كنيسة وضعفه ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام حدثنا عبيد الله بن صالح حدثنا الليث بن سعد حدثنى توبة بن النمر الحضرمى قاضى مصر عمن أخبره عن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة قال وروى أبو الاسود عن ابن لهيعة عن يزيد بن حبيب عن أبى الخير قال قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لا كنيسة فى الاسلام ولا خصاء وروى ابن عدى فى الكامل بسنده الى عمر رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبنى كنيسة فى الاسلام ولا يبنى ما خرب منها وأعل بسعيد بن سنان واذا تعددت طرق الضعيف به يرحسنا ثم قيل المراد بالخصاء نزع الخصيتين وقيل كناية عن التخلى عن اتيان النساء (قوله وفى أرض العرب يمنعون من ذلك فى أمصارها وقراها) فلا يحدث فيها كنيسة ولا تقر لانهم لا يمكنون من السكنى بها فلا فائدة فى اقرارها الا أن تتخذ دار سكنى ولا يباع بها خمر ولا فى قرية منها ولا فى ماء من مياه العرب ويمنعون من أن يتخذوا أرض العرب مسكنا ووطنا بخلاف أمصار المسلمين التى ليست فى جزيرة العرب يمكنون من سكناها ولا خلاف فى ذلك وذلك (لقوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب) أخرج اسحق بن راهويه فى مسنده أخبرنا النضر بن شميل حدثنا صالح بن أبى الاحوص حدثنا الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى مرضه الذى مات فيه لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب ورواه عبد الرزاق قال أنبأنا معمر عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع بأرض العرب أو قال بأرض الحجاز دينان ورواه فى الزكاة وزاد فيه فقال عمر لليهود من كان منكم عنده عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم فليأت به والا فانى مجليكم قال فأجلاهم عمر وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك فى مرض موته قال الدارقطنى فى علله هذا صحيح ورواه مالك فى الموطأ قال مالك قال ابن شهاب ففحص عمر عن ذلك حتى أتاه اليقين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب فأجلى يهود خيبر وأجلى يهود نجران وفدك وفى صحيح البخارى ومسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما لما اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه قال أخرجوا المشركين من جزيرة العرب وجزيرة العرب من أقصى عدن أبين الى ريف العراق فى الطول وأما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر الى أطراف الشام وسميت جزيرة لانحزار المياه التى حواليها عنها كبحر البصرة وعمان وعدن والفرات وقيل لان حواليها بحر الحبش وبحر فارس ودجلة والفرات وقال الازهرى سميت بذلك لان بحر فارس وبحر السودان أحاطا بجانبها الجنوبى وأحاط بالجانب الشمالى دجلة والفرات وقال المنذرى فى مختصره قال مالك جزيرة العرب المدينة نفسها وروى أنها الحجاز واليمن واليمامة وحكى البخارى عن

وقوله (فى جزيرة العرب) قيل انما سميت أرض العرب بالجزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد أحاطت بها

وقوله (ويؤخذ أهل الذمة بالتميز) ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير لكونها كالتفسير لما ذكره القدورى كأنه قال وكيفية التميز ماذكره فى الجامع الصغير الخ والكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمى فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم وقوله (صيانة لضعفة المسلمين) أى الضعفة فى الدين لا البدن أى يفعل ذلك بهم لكى يكونوا فى أعين المسلمين الذين لم يتصلبوا فى دين الاسلام أذلاء صاغرين حتى لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم فى الرزق والملابس والمراكب ورونق حالهم فان قيل لم يأخذ النبى صلى الله عليه وسلم من يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بذلك فيكون بدعة أجيب بأنهم فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين فى المدينة لا يشتبه حالهم فلم يقع الاحتياج الى ذلك ثم فى زمن عمر رضى الله عنه لما كثر الناس ممن يعرف وممن لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك فأمر بذلك بمحضر من الصحابة وكان صوابا قال صلى الله عليه وسلم أينما دار عمر فالحق معه وقوله (فانه جفاء فى حق أهل الاسلام) أى ترك حسن العشرة بأهل الاسلام لان فى الامر لاهل الذمة بتميزهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنار من الابريسم اهانة لاهل الاسلام لان من أعز عدو صديقه فقد أهان صديقه معنى وقوله (أن لا يركبوا الا للضرورة) يعنى كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه

قال (ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين فى زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح وفى الجامع الصغير ويؤخذ أهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج التى هى كهيئة الاكف) وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمى يهان ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب أن تكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء فى حق أهل الاسلام ويجب أن يتميز نساؤهم عن نسائنا فى الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كى لا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق أن لا يتركوا أن يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا فى مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا

المغيرة قال هى أرض مكة والمدينة (قوله وتؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين فى زيهم) نفسهم (وفى مراكبهم وسروجهم وقلانسهم) وحاصل هذا أن أهل الذمة لما كانوا مخالطين لاهل الاسلام فلا بد مما يتميز به المسلم من الكافر كى لا يعامل معاملة المسلم فى التوقير والاجلال وذلك لا يجوز وربما يموت أحدهم فجأة فى الطريق ولا يعرف فيصلى عليه بخلاف يهود المدينة لم يأمرهم صلى الله عليه وسلم بذلك لانهم كانوا معروفين بأعيانهم لجميع أهل المدينة ولم يكن لهم زى عال على المسلمين واذا وجب التميز وجب أن يكون بما فيه صغار لا إعزاز لان اذلالهم لازم بغير أذى من ضرب أو صفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافه بهيئة وضيعة ولذا أمروا (بالكستيجات) وهو خيط فى غلظ الاصبع من الصوف يشده فوق ثيابه دون الزنار من الابريسم (لان فيه جفاء بالمسلمين) أى إغلاظا عليهم فهو من حسن العشرة معهم ولدفع الضرر عن ضعفة المسلمين فى الدين فربما يعرفون بجهلهم فيقولون الكفار أحسن حالا منا فانهم فى خفض عيش ونعمة ونحن فى كد وتعب واليه أشار بقوله تعالى ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون تنبيها على خسة الدنيا عند الله عز وجل واذا منع من شد زنار وهو حاشية رقيقة من الابريسم فمنعهم من لباس الثياب الفاخرة التى تعد عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريرا أو غيره كالصوف المربع والجوخ الرفيع والابراد الرقيقة أولى ولا شك فى وقوع خلاف هذا فى هذه الديار ولا شك فى منع استكتابهم وادخالهم فى المباشرة التى يكون بها معظما عند المسلمين بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة له خوفا من أن يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحمر كهيئة الاكف أو قريبا منه ولا يركبون الخيل بل اختار المتأخرون أن لا يركبوا أصلا الا اذا خرجوا الى أرض قرية ونحوه أو كان مريضا أى الا أن تلزم الضرورة فيركب ثم ينزل فى مجامع المسلمين اذا مر بهم ولا يحملون السلاح ويضيق عليهم الطريق ولا يبدأ بالسلام ويرد عليه بقوله وعليكم فقط واذا عرف أن المقصود العلامة فلا يتعين ما ذكر بل يعتبر فى كل بلد ما يتعارفه أهله وفى بلادنا جعلت

العلامة

(قوله كانوا معروفين فى المدينة) أقول فيه بحث قال المصنف (أن لا يركبوا الا للضرورة) أقول فى فتاوى الامام التمرتاشى قبل آخر الكتاب بورقتين تخمينا وفى شرح الحلوانى ولا يمنعون من ركوب الحمار لان ركوب الحمار ذل غير أنه يمنع من أن يضع عليه السرج وكذا لا يمنعون من ركوب البغل لانه تبع الحمار والبرذون بمنزلة الحمار ألا يرى أنه يوضع عليه الاكاف بخلاف الفرس لان ركوبه عز وركوب الجمل جمال يمنعون عنه الا عند الحاجة اليهم بأن يستعين بهم الامام فى المحاربة والذب عن المسلمين فلا بأس بأن يركبوا وهذا كله اذا وقع الظفر عليهم ومن عليهم فأما اذا وقع الصلح معهم على بعض هذه الاشياء فانهم يتركون على ذلك اهـ

بالصفة التي تقدمت ويمنعون من لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف (ومن امتنع من الجزية أوقتل مسلما أوسب النبي عليه الصلاة والسلام أوزنى بمسلمة لم ينتقض عهده) لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لاأداؤها والالتزام باق وقال الشافعي سب النبي صلى الله عليه وسلم يكون نقضا لانه ينقض إيمانه فكذا ينقض أمانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا أن سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر منه والكفر المقارن لايمنعه فالطارئ لايرفعه

العلامة في العمامة فألزموا النصارى العمامة الزرقاء واليهود العمامة الصفراء واختص المسلمون بالبيضاء وكذا تؤخذ نساؤهم بالزي في الطرق فيجعل على ملاءة اليهودية خرقة صفراء وعلى النصرانية زرقاء وكذا في الحمامات وكذا تميز دورهم عن دور المسلمين كي لايقف سائل فيدعو لهم بالمغفرة أو يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين (ويمنعون من لباس يختص أهل العلم والزهد والشرف) وتجعل مكاعبهم خشنة فاسدة اللون ولا يلبسوا طيالسة كطيالسة المسلمين ولاأردية كأرديتهم هكذا أمروا واتفقت الصحابة على ذلك (قوله ومن امتنع من أداء الجزية أوقتل مسلما أوزنى بمسلمة أوسب النبي صلى الله عليه وسلم لم ينتقض عهده) فيصير مباح الدم باعتبار أنه لاعهد له عندنا وقيد بأدائها لانه لوامتنع من قبولها انقض عهده والشافعي ينقض عهده بالامتناع عن أداء الجزية وقبول أحكام الاسلام ولا ينقضه بزناه بمسلمة أوأن يصيبها بنكاح أوأن يفتن مسلما عن دينه أو يقطع الطريق أو يدل على عورات المسلمين أو يقتل مسلما وهو قول مالك وأحمد الا أن مالكا قال ينتقض بإكراه المسلمة على الزنا أو سبه عليه الصلاة والسلام أوذكره تعالى بما لاينبغي فانه يقتل به ان لم يسلم ووافقه في هذا الشافعي في قول وأحمد في رواية وللشافعي أيضا فيما اذا ذكره تعالى بما لاينبغي أوسبه عليه الصلاة والسلام قولان آخران أحدهما لاينتقض والآخر ينتقض وجه قوله هذا (أنه بذلك ينتقض ايمانه) لو كان مسلما (فينتقض به أمانه اذ عقد الذمة خلف عن الايمان) في افادة الامان فما ينقض الاصل ينقض الخلف الأدنى بالطريق الاولى وروى أبو يوسف عن حفص بن عبد الله عن ابن عمر أن رجلا قال له سمعت راهبا سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال لوسمعته لقتلته إنا لم نعطهم العهود على هذا قال المصنف (ولنا أن سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر من الذمي) كما هو ردة من المسلم (والكفر المقارن) لعقد الذمة (لايمنع عقد الذمة) في الابتداء (فالكفر الطارئ لايرفعه) في حال البقاء بطريق أولى يؤيده مار وى عن عائشة رضي الله عنها أن رهطا من اليهود دخلوا عليه صلى الله عليه وسلم فقالوا السام عليك فقال وعليكم قالت ففهمتها وقلت عليكم السام واللعنة فقال صلى الله عليه وسلم مهلا ياعائشة فان الله يحب الرفق في الامر كله قالت فقلت يارسول الله ألم تسمع ماقالوا قال صلى الله عليه وسلم قد قلت وعليكم ولاشك أن هذا سب منهم له صلى الله عليه وسلم ولو كان نقضا للعهد لقتلهم لصيرورتهم حربيين قالوا وحديث ابن عمر اسناده ضعيف وجاز أن يكون قد شرط عليهم أن لايظهروا سبه صلى الله عليه وسلم والذي عندي أن سبه صلى الله عليه وسلم أونسبة مالاينبغي الى الله تعالى ان كان مما لايعتقدونه كنسبة الولد الى الله تعالى وتقدس عن ذلك اذا أظهره يقتل به وينتقض عهده وان لم يظهره ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا وهذا لان دفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذي هو المراد بالاعطاء مقيد بكونهم صاغرين أذلاء بالنص ولاخلاف أن المراد استمرار ذلك لاعند مجرد القبول واظهار ذلك منه ينافي قيد قبول الجزية دافعا القتل لانه الغاية في التمرد وعدم الالتفات والاستخفاف بالاسلام والمسلمين فلا يكون جاريا على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغرا ذليلا وأما اليهود المذكورون في حديث عائشة فلم يكونوا أهل ذمة بمعنى اعطائهم الجزية بل كانوا أصحاب موادعة بلامال يؤخذ منهم دفعا لشرهم الى أن أمكن الله منهم لانه لم توضع جزية قط على اليهود المجاورين من

وقوله (بالصفة التي تقدمت) يعني كهيئة الاكف وقوله (لانه ينقض ايمانه) يعني لو كان مسلما ويسب النبي صلى الله عليه وسلم والعياذ بالله نقض ايمانه (فكذا ينقض أمانه) وذمته

قوله (وكذا فى حكم ماحمله من ماله) يعنى أن الذمى اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفى يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فيأ كالمرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فيأ وقوله (الا أنه لو أسر) استثناء من قوله فهو بمنزلة المرتد يعنى بخلاف المرتد فانه لا يسترق بل يقتل ان أصر على ارتداده

﴿فصل﴾ ذكر نصارى بنى تغلب (٣٨٢) فى فصل على حدة لان لهم أحكاما مخصوصة بهم تخالف أحكام سائر النصارى وكلامه واضح

قال (ولا ينقض العهد الا ان يلحق بدار الحرب أو يغلبوا على موضع فيحاربوننا) لأنهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب (واذا نقض الذمى العهد فهو بمنزلة المرتد) معناه فى الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالأموات وكذا فى حكم ماحمله من ماله الا أنه لو أسر يسترق بخلاف المرتد

﴿فصل﴾ (ونصارى بنى تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة) لان عمر رضى الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة (ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم) لان الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رحمه الله لا يؤخذ من نسائهم أيضا وهو قول الشافعى لانه جزية فى الحقيقة على ما قال عمر هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا أنه مال وجب بالصلح

قريظة والنضير وهذا البحث منا وجب أنه اذا استعلى على المسلمين على وجه صار متمردا عليهم حل للامام قتله أو يرجع الى الذل والصغار (قوله ولا ينتقض عهده الا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا) أى أهل الذمة (على موضع) قرية أو حصن (فيحاربوننا لأنهم) بكل من الخصلتين (صاروا حربا علينا) وعقد الذمة ما كان الا لدفع شر حرابهم (فيعرى عن الفائدة) فلا يبقى (واذا انتقض عهده فحكمه حكم المرتد معناه فى الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات) واذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التى خلفها فى دار الاسلام اجماعا ويقسم ماله بين ورثته (وكذا فى حكم ماحمله من ماله) الى دار الحرب بعد النقض ولو ظهر على الدار يكون فيأ لعامة المسلمين كالمرتد اذا التحق بمال ولو لحق بدار الحرب ثم عاد الى دار الاسلام وأخذ من ماله وأدخله دار الحرب ثم ظهر على الدار فالورثة أحق به قبل القسمة مجانا وبعد القسمة بالقيمة لان الملك لهم حين أخذه فان عاد بعد الحكم باللحاق ففى رواية يكون فيأ وفى رواية لا ولا يبعد أن يقال انتقاله الى المكان الذى تغلبوا فيه كانتقاله الى دار الحرب ان لم تكن متاخمة لدار الاسلام بالاتفاق وان كانت على قولهما وقوله (الا أنه لو أسر يسترق) استثناء من قوله هو بمنزلة المرتد (بخلاف المرتد) اذا لحق ثم ظهر على الدار فاسر لا يسترق بل يقتل اذا لم يسلم وكذا يجوز وضع الجزية عليه اذا عاد بعد نقضه وقبلها لأنه ما كان التزم بالذمة الاسلام بل أحكامه فجاز أن يعود الى الذمة بخلاف المرتد التزم الاسلام فلا بد أن يعود اليه أما اذا لم يعد ولم يقبلها حتى أخذ بعد الظهور فقد استرق فلا يتصور منه جزية والله الموفق

﴿فصـــل﴾ أفرد أحكام نصارى بنى تغلب بفصل لأن حكمهم مخالف لسائر النصارى وتغلب ابن وائل من العرب من ربيعة تنصروا فى الجاهلية فلما جاء الاسلام ثم زمن عمر دعاهم عمر رضى الله عنه الى الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة يا أمير المؤمنين ان القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضى الله عنه فى طلبهم وضعف عليهم فأجمع الصحابة على ذلك ثم الفقهاء وفى رواية أبى يوسف بسنده

والاصل فيه ما ذكر أبو يوسف فى كتاب الخراج باسناده الى داود بن كردوس عن عبادة ابن النعمان التغلبى أنه قال لعمر يا أمير المؤمنين ان بنى تغلب من قد علمت شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتدت المؤنة فان رأيت أن تعطيهم شيأ فافعل قال فصالحهم عمر على أن لا يغمسوا أحدا من أولادهم فى النصرانية وتضاعف عليهم الصدقة وعلى أن تسقط الجزية عن رؤسهم فكل نصرانى من بنى تغلب له غنم سائمة فليس فيها شئ حتى تبلغ أربعين فاذا بلغت أربعين شاة سائمة ففيها شاتان الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها أربع من الغنم وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم وكذلك الابل والبقر اذا وجب على المسلم شئ فى ذلك فعلى التغلبى مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم فى الصدقة وأما الصبيان فليس عليهم شئ وكذلك أراضيهم التى كانت فى أيديهم يوم صولحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين

﴿فصـل﴾ ونصارى بنى تغلب قال المصنف (يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين) أقول أى من أموال المسلمين على تقدير المضاف والظاهر أنه لا حاجة الى ذلك لاستقامة الكلام بدونه قال المصنف (لان عمر صالحهم الخ) أقول فان قيل هذا الصلح مخالف لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية الخ قلنا ذلك مخصوص بالآيات الدالة على جواز الصلح كما مرت فى باب الموادعة (قال المصنف ولنا أنه مال وجب بالصلح) أقول ليس فيما ذكر من قبلنا جواب عما قاله عمر وتأمل أنت فيه

والمرأة من أهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها (ويوضع على مولى التغلبي الخراج) أى الجزية (وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي) وقال زفر يضاعف لقوله عليه الصلاة والسلام ان مولى القوم منهم ألا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به فى حق حرمة الصدقة ولنا أن هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فألحق المولى بالهاشمي فى حقه

الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي أنه قال لعمر رضى الله عنه إن بنى تغلب الحديث الى أن قال فصالحهم عمر رضى الله عنه على أن لا يغمسوا أحدا من أولادهم فى النصرانية ويضاعف عليهم فى الصدقة وعلى أن يسقط الجزية من رؤسهم اه ففى كل أربعين شاة لهم شاتان ولا زيادة حتى تبلغ مائة وعشرين ففيها أربع شياه وعلى هذا فى البقر والابل ثم اختلف الفقهاء هل هى جزية على التحقيق من كل وجه أو لا فقيل من كل وجه فلا يؤخذ من المرأة والصبي فلو كان للمرأة ماشية ونقود لا يؤخذ منها شئ وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة قال الكرخي وهذه الرواية أقيس وهو قول الشافعي لان الواجب بكتاب الله تعالى عليهم الجزية فاذا صالحوهم على مال جعل واقعا موقع المستحق يؤيده قول عمر رضى الله عنه هذه جزية سموها ما شئتم وقال أصحابنا هو وان كان جزية فى المعنى فهو واجب بشرائط الزكاة وأسبابها اذ الصلح وقع على ذلك ولهذا لا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطى جالسا ان شاء ولا يؤخذ بتلبيبه (والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يخص الجزية) والمرأة من أهله ومن أهل ما يجب من المال بالصلح فيؤخذ منها بخلاف الصبي والمجنون لا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم لعدم وجوب الزكاة عليهم عندنا بخلاف أرضهم فيؤخذ خراجها لانه وظيفة الارض وليس عبادة لتخص البالغين كنفقة عبيدهم وحاصل ماذكرنا يفيد أنه روعى فى هذا المأخوذ جهة الجزية فى المصرف وفيما سوى ذلك روعى جهة الزكاة أما الاول فلأنه حقيقة الجزية وأما الثانى فلأن ما وقع عليه الصلح لا يغير وهذه الجزية التى وجبت بالصلح وقد علمت أن الجزية قسمان قسم يجب بالصلح فيتعين على الوجه الذى وقع عليه الصلح كيفما وقع والذى يراعى فيه من وجب عليه وصفه وكميته هو الجزية التى يبتدئ الامام وضعها شاؤا أو أبوا على ما تقدم (قوله ويوضع على مولى التغلبي) أى معتقه (الخراج أى الجزية وخراج الارض وقال زفر يضاعف) عليه ما يؤخذ من المسلمين كالتغلبي نفسه (لقوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم) وهذا الحديث استدل به فى الزكاة على حرمان مولى الهاشمي الزكاة فكذا استدل به على التضعيف على مولى التغلبي وجميع الاحاديث المذكورة فى هذا الفصل تقدم الكلام عليها فى كتاب الزكاة من هذا الكتاب (ولنا أن هذا) أى وضع الصدقة المضاعفة (تخفيف) اذ لم يكن فيه وصف الصغار والذلة برغبتهم فى ذلك واستشناقهم ما سواه (والمولى لا يلحق بالاصل فيه) أى فى التخفيف ألا ترى أن الاسلام أعلى أسباب التخفيف ولو كان لمسلم مولى نصرانى وضعت عليه الجزية ولم يتعد اليه التخفيف الثابت بالاسلام فلأن لا يتعدى التخفيف الثابت بوصف التغلبية أولى (بخلاف حرمة الصدقات)

وقوله (والمرأة من أهل وجوب مثله) اى مثل مال وجب بالصلح وقوله (الا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها) أى فيما أخذ منهم من المضاعفة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والاعطاء قائما والقابض قاعد وأخذ التلبيب على ما مر قوله (ويوضع على مولى التغلبي الخراج أى الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي) أى لا تؤخذ الجزية وخراج الارض من القرشي وتؤخذ من معتقه فكذلك هاهنا تؤخذ الجزية من معتق التغلبي وان لم يؤخذ من التغلبي (٣٨٣) (قوله ولنا أن هذا) أى أخذ مضاعف الزكاة (تخفيف) يعنى لما ذكرنا أنه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية (والمولى لا يلحق بالاصل فيه) أى فى التخفيف (ولهذا) أى ولكون المولى لا يلحق بالاصل فى التخفيف (توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا) ولم يلحق بمولاه فى ترك الجزية وان كان الاسلام أعلى أسباب التخفيف وأولاها فان قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ بل هى تخفيف بالتخلص عن التدنس بالآثام وقد ألحق مولى الهاشمى فيها بالهاشمى أجاب بقوله بخلاف حرمة الصدقة الخ وقوله (فى حقه) أى فيما هو حق مولاه وهو حرمة الصدقة فان قيل ما بال مولى الغنى لم يلحق به فى حرمة الصدقة

(قال المصنف والمرأة من أهل وجوب مثله) أقول لعل لفظ مثل مقحم (قوله فان قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ الخ) أقول فيه بحث فان الاثم ليس بثابت قبل الحرمة حتى يتخلص بها عنه بل ثبوته بها فالحرمة ليست بتخفيف بل تغليظ على ما لا يخفى والقول بأن المراد اظهار حرمة الصدقة لا يناسب المقام ثم إن المولى انما لا يلحق بالاصل فى التخفيف اذا كان المولى من أهل التغليظ كما فيما نحن فيه وليس مولى الهاشمى كذلك والحق أن قول المصنف بخلاف حرمة الصدقة ليس جوابا عما ذكره الشارح (قوله وقوله فى حقه أى فيما هو حق مولاه) أقول الاظهر أن يقال أى فى حق حرمة الصدقة وأمر التذكير والتأنيث سهل فان الحرمة فى تأويل أن يحرم أو الحرمان

قوله مائة وعشرين صوب العلامة البحراوى نقلا عن النهر مائة وأحدا وعشرين اه كتبه مصححه

والعلة المذكورة وهي أن الحرمات تثبت بالشبهات موجودة أجاب بقوله (لان الغني من أهلها) أي من أهل الصدقة في الجملة ولهذا احلت له اذا كان عاملا (وانما الغني مانع ولم يوجد في حق المولى وأما الهاشمي فليس بأهل لها أصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فالحق به مولاه) و يجوز أن يقال حرمة الصدقة على بني هاشم تشريف لهم وفي الحاق الموالي بهم زيادة في التشريف وحرمتها على الغني لغناه وفي الحاق مولاه به (٣٨٤) لا يزداد غنى ولم يذكر الجواب عما استدل به زفر من الحديث وهو أنه غير مجرى على عمومه فان مولى

ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغني من أهلها وانما الغني مانع ولم يوجد في حق المولى أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلة أصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فألحق به مولاه قال (وماجباه الامام من الخراج ومن أموال بني تغلب وما اهداه أهل الحرب الى الامام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر الا الجسور و يعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم و يدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم) لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين

على الهاشمي لانه ليس تخفيفا بل تحريم (والحرمات تثبت بالشبهات فألحق مولى الهاشمي به) و ينقض بمولى الغني بحرم الصدقة على معتقه ولم تتعد اليه فقال (لا يلزم لان الغني من أهل الصدقة) في الجملة ألا ترى أنه لو كان عاملا عليها أعطى كفايته منها (وانما الغني مانع) من الاسقاط عن المعطى له شرعا تحقق في حق سيده ولم يتحقق في المولى فخص السيد (أما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة أصلا لشرفه وكرامته) لاتساخها ولذا لا يعطى منها لو كان عاملا (فألحق به مولاه) لان التكريم أن لا ينسب اليه تلك الاوساخ بنسبة فان قلت هذا تقديم للمعنى على النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم أجيب بان الحديث غير مجرى على عمومه بالاجماع فان مولى الهاشمي لا ينزل منزلته في الكفاءة للهاشمية والامامة فكان عاما مخصوصا بالنسبة الى الكفاءة والامامة فيخص بالمعنى الذي ذكرناه أيضا وهو أنه تخفيف فلا يتعدى بالنسبة للتضعيف الى المولى الاسفل بدليل التخفيف بالاسلام لم يتعد الى المولى فيختص كون المولى منهم بما فيه دفع نقيصة لما أن نقيصة المولى الاسفل تنسب الى مولاه ووجه آخر بأن القياس أن لا يكون المولى منهم ولا ملزوما لاحكامهم لانه ليس منهم حقيقة وقد ورد الحديث به في منع الزكاة وهو ماروى أنه صلى الله عليه وسلم استعمل أرقم بن أرقم على الصدقات فاستتبع أبا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الصدقة لا تحل لمحمد ولا لآل محمد وان مولى القوم منهم فاذا علم عدم عمومه فليخص بسببه وهو الزكاة وأما الجواب بان قيل لم يوافق زفر أحد من الفقهاء فقيل بل قوله مروى عن الشعبي (قوله وماجباه الامام من الخراج ومن أموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب الى الامام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور) وهي مواضع يخاف هجوم العدو فيها من دار الاسلام (وبناء القناطر والجسور) وهي ماتوضع وترفع فوق الماء ليعبر عليه بخلاف القنطرة يحكم بناؤها ولا ترفع (و يعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم وتدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم) فانه تجب نفقتهم عليهم فلو لم يكفوها من بيت المال اشتغلوا بالكسب وتركوا الاستعداد للدفع وهذا (لانه مال بيت المال لانه وصل الى المسلمين من غير قتال) وما كان كذلك فهو مال بيت المال بخلاف الحاصل بسبب القتال فانه يقسم بين الغانمين ولا يوضع في بيت المال واذا كان مال بيت المال يصرف في مصالح المسلمين وهؤلاء عمالهم وزاد المصنف في التجنيس في علامة السيد أبي شجاع أنه يعطى أيضا للعلمين والمتعلمين وبهذا تدخل طلبة العلم

الهاشمي ليس كهو في الكفاءة بالاجماع فوجب التأويل بأنه محمول على التعاون والتناصر لانه من لوازمه فان الرجل اذا كان من القوم يقوم بنصرتهم وقال شمس الائمة السرخسي القياس في الكل سواء وهو أن لا يلحق مولى القوم بهم الا أن ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم وهو ماروى أن أبا رافع سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحل له الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أنت مولانا ومولى القوم من أنفسهم والمخصوص من القياس بالنص لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه وهذا ليس في معنى ما ورد فيه النص لان ذلك كان لاظهار فضيلة قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحاق مولاهم بهم ومولى التغلبي ليس من ذلك في شئ وقوله (وماجباه الامام) أي جمعه والثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان والقنطرة ما لا يرفع والجسر ما يرفع

(قوله لا يزداد غنى) أقول فيه بحث فانه لو ازداد غنى لا يفيد أيضا اذ لا تعلق له بالالحاق والجواب منع ذلك فان الغنى من الوجه المشروع محمود فتأمل (قوله فوجب التأويل بأنه محمول على التعاون والتناصر الخ) أقول فان قيل النبي عليه الصلاة والسلام مبعوث لبيان الاحكام قلنا مانحن فيه أيضا كذلك حيث يدل على أن المعتق عاقلة المعتق فان العقل باعتبار النصرة (قوله الا أن ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم وهو ماروى أن أبا رافع رضي الله عنه الخ) أقول الاظهر أن يقال على ماروى أو نحوه ثم أقول فيه بحث لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب الا أن يمنع العموم مستندا بأنه مجمل فليتأمل

وهؤلاء عملتهم ونفقة الذرارى على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغون للقتال (ومن مات فى نصف السنة فلا شئ له من العطاء) لأنه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمى عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت وأهل العطاء فى زماننا مثل القاضى والمدرس والمفتى والله أعلم

﴿ باب أحكام المرتدين ﴾

قال (واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه) لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره بأحسن الامرين الا أن العرض على ما قالوا غير واجب لأن الدعوة بلغته

العلم بخلاف المذكور هنا لانه قبل أن يتأهل عامل لنفسه لكن ليعمل بعده للمسلمين (قوله ومن مات فى نصف السنة فلا شئ له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولكونه صلة سمى عطاء فلا يملك قبل القبض) فلا يورث (ويسقط بالموت) وهذا لأنه مات قبل تأكد حقه بمجىء وقت المطالبة والحق الضعيف لا يجرى فيه الارث كسهم الغازى فى دار الحرب لا يورث بخلاف ما اذا تأكد سهمه بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فانه يورث على ما أسلفناه وتقييد محمد رحمه الله فى الجامع الصغير بنصف السنة ربما يشعر بأنه اذا مات آخرها يعطى ورثته وقالوا لا يجب أيضا ولكن يستحب لأنه أوفى عناءه أى تعبه فى عمله للمسلمين فيستحب أن يعطى وعلل شمس الأئمة عدم وجوب اعطائه بعد ما تمت السنة أيضا بما ذكرنا فى نصفها فأفاد أنه لم يتأكد الحق بعد ما تمت السنة أيضا معولا على أنه صلة فلا يملك قبل القبض وهذا يقتضى قصر الارث على حقيقة الملك والوجه يقتضى وجوب دفعه لورثته لان حقه تأكد باتمام عمله فى السنة كما قلنا إنه يورث سهم الغازى بعد الاحراز بدار الاسلام لتأكد الحق حينئذ وان لم يثبت له ملك وقول فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير وانما خص نصف السنة لان عند آخرها يستحب أن يصرف ذلك الى ورثته فأما قبل ذلك فلا الا على قدر عنائه يقتضى أن يعطى حصته من العام ثم قيل رزق القاضى ومن فى معناه يعطى فى آخر السنة ولو أخذ فى أولها ثم مات أو عزل قبل مضيها قيل يجب رد ما بقى وقيل على قياس تعجيل المرأة النفقة لا يجب وقال محمد أحب الى رد الباقى كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها فمات قبل التزوج لعدم حصول المقصود وعندهما هو صلة من وجه فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع فى الهبة ذكره فى جامعى قاضيخان والتمرتاشى والعطاء هو ما يثبت فى الديوان باسم كل من ذكرنا من المقاتلة وغيرهم وهو كالجامكية فى عرفنا الا أنها شهرية والعطاء سنوى

﴿ باب أحكام المرتدين ﴾

لما فرغ من بيان أحكام الكفر الاصلى شرع فى بيان أحكام الكفر الطارئ والمرتد هو الراجع عن دين الاسلام (قوله واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة) أبداها (كشفت عنه لانه عساه اعترته) أى عرضت له (شبهة فتزاح عنه وفيه دفع شره باحسن الامرين) وهما القتل والاسلام وأحسنهما الاسلام ولما كان ظاهر كلام القدورى وجوب العرض قال (الا أن العرض على ما قالوا) أى المشايخ (غير واجب) بل مستحب (لان الدعوة قد بلغته) وعرض الاسلام

(قوله وهؤلاء عملتهم) أى القضاة وعمالهم والعلماء عملة المسلمين والعملة جمع عامل (قوله فلا شئ له من العطاء) العطاء ما يكتب للغزاة فى الديوان ولكل من قام بأمر من أمور الدين كالقاضى والمفتى والمدرس وفى الابتداء كان يعطى كل من كان له ضرب مزية فى الاسلام كأزواج النبى صلى الله عليه وسلم وأولاد المهاجرين والانصار وكذلك لو مات فى آخر السنة لا يورث العطاء لانه صلة فلا يملك قبل القبض وانما وضع المسئلة فى نصف السنة لانه لو مات فى آخر السنة يستحب صرف ذلك الى قريبه لانه قد أوفى عناءه فيستحب الصرف الى قريبه ليكون أقرب الى الوفاء

﴿ باب أحكام المرتدين ﴾

لما فرغ من بيان أحكام الكفر الاصلى ذكر فى هذا الباب أحكام الكفر الطارئ لأن الطارئ انما هو بعد وجود الاصلى وكلامه واضح وقوله (الا أن العرض على ما قالوا غير واجب) ظاهر المذهب قال فى الايضاح ويستحب عرض الاسلام على المرتدين هكذا روى عن عمر لأن رجاء العود الى الاسلام ثابت لاحتمال أن الردة كانت باعتراض شبهة

﴿ باب أحكام المرتدين ﴾

قال المصنف (الا أن العرض على ما قالوا غير واجب) أقول قوله على ما قالوا متعلق بغير واجب المقدر

قال (ويحبس ثلاثة أيام فان أسلم والاقتل وفى الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان أبى قتل) وتأويل الاول أنه يستمهل فيمهل ثلاثة أيام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن أبى حنيفة وأبى يوسف انه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أولم يطلب وعن الشافعى ان على الامام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلابد من مدة يمكنه التأمل فقدرناها بالثلاثة ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربى بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد

هو الدعوة اليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة (قوله ويحبس ثلاثة أيام فان أسلم فيها (والاقتل) وهذا اللفظ أيضا من القدورى يوجب وجوب الانتظار ثلاثة أيام على ماعرف من الاخبار فى مثله فذكر عبارة الجامع وهو قوله (وفى الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان أبى قتل) أى مكانه فانه يفيد أن إنظاره الايام الثلاثة ليس واجبا ولا مستحبا وانما تعينت الثلاثة (لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار) بدليل حديث حبان بن منقذ فى الخيار ثلاثة أيام ضربت للتأمل لدفع الغبن وقصة موسى صلى الله عليه وسلم مع العبد الصالح ان سألتك عن شئ بعدها فلا تصاحبنى وهى الثالثة الى قوله قد بلغت من لدنى عذرا وعن عمر رضى الله عنه أن رجلا أتاه من قبل أبى موسى فقال له هل من مغربة خبر فقال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال له هلا حبستموه فى بيت ثلاثة أيام وأطعمتموه فى كل يوم رغيفا لعله يتوب ثم قال اللهم انى لم أحضر ولم آمر ولم أرض أخرجه مالك فى الموطا لكن ظاهر تبرى عمر رضى الله عنه يقتضى الوجوب ثم قال المصنف (تأويل الاول) وهو قول القدورى الدال على وجوب امهال الايام الثلاثة (أن يستمهل فيمهل) وظاهر المبسوط الوجوب فانه قال اذا طلب التأجيل أجل ثلاثة أيام لان الظاهر أنه دخل عليه شبهة فيجب علينا ازالة تلك الشبهة أو أنه يحتاج الى التفكر ليتبين له الحق فلابد من المهلة واذا استمهل كان على الامام أن يمهله ومدة النظر جعلت فى الشرع ثلاثة أيام كما فى الخيار ثم قال فى حديث عمر المذكور الدال على الوجوب تأويله أنه لعله طلب التأجيل (وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أولم يطلب وعن الشافعى أن على الامام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل قتله قبلها لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلابد من مدة يمكنه فيها التأمل فقدرناها بثلاثة أيام) لما ذكرنا والصحيح من قولى الشافعى أنه ان تاب فى الحال والاقتل لحديث معاذ رضى الله عنه وقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه من غير تقييد بانظار وهو اختيار ابن المنذر وهذا ان أريد به عدم وجوب الانظار فكمذهبنا والاستدلال مشترك ومن الادلة أيضا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذا كافر حربى وان كان أريد به نفى استحباب الامهال فنقول هذه الاوامر مطلقة وهى لا تقتضى الفور فيجوز التأخير على ماعرف ثم ثبت وجوبه بحديث عمر رضى الله عنه وقول المصنف (وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لامر موهوم) ليس بجيد اذ يقتضى كراهة الامهال ثلاثة أيام وهو يخالف المذهب ويخالف ماذكرنا من أن الامر المطلق لا يقتضى الفور الا اذا خيف الفوات فان قيل لا نسلم أن الاوامر المذكورة مطلقة بل مفيدة للعموم للفاء فى قوله فاقتلوه لانها تفيد الوصل والتعقيب قلنا تلك الفاء العاطفة وهى فاء السبب فان قيل فتفيد الوصل باعتبار أن المعلول لا يتأخر عن العلة قلنا المعلول وهو الحكم الشرعى وهو ايجاب قتله لم يتأخر عن علته المثيرة له وهى كفره وأما ايجاب الامتثال على الفور فشئ آخر (ولا فرق) فى وجوب قتل المرتد (بين كون المرتد حرا أو عبدا) وان كان يتضمن قتله ابطال حق المولى بالاجماع (واطلاق

وقوله (وتأويل الاول) يعنى به (٣٨٦) قوله ويحبس ثلاثة أيام (أنه يستمهل) أى يطلب المهلة فيحبس ثلاثة أيام وأما اذا لم يطلب فالظاهر من حاله انه متعنت فى ذلك فلا بأس بقتله الا انه يستحب ان يستتاب لانه بمنزلة كافر بلغته الدعوة فان قيل تقدير المدة ههنا بثلاثة أيام نصب الحكم بالرأى فيما لا مدخل له فيه لانه من المقادير أجيب بان هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص فى خيار البيع بثلاثة أيام ورد فيه لان التقدير بثلاثة أيام هنالك انما كان للتأمل والتقدير بها ههنا أيضا للتأمل وقوله (ولانه كافر حربى) بيانه أنه كافر حربى لا محالة وليس بمستأمن لانه لم يطلب الامان ولا ذمى لانه لم تقبل منه الجزية فكان حربيا

(قوله الا أنه يستحب أن يستتاب لأنه بمنزلة كافر بلغته الدعوة) أقول تعليل لقوله يستحب أن يستتاب (قوله أجيب بأن هذا الخ) أقول فيه تأمل فان المهلة فى الخيار لدفع احتمال الغبن وهو مفقود فى المرتد مع أن مدة الخيار عندهما غير مقتصرة على ثلاثة أيام قال المصنف (وهذا لأنه لا يجوز الخ) أقول بخلاف ما اذا استمهل فان الاسلام حينئذ لا يكون وهو ما فات الاستمهال للتأمل ودلائل الاسلام ظاهرة ولكن بقى ههنا بحث من وجهين أما أولا فلان هذا التعليل يقتضى كراهية الامهال ثلاثة أيام وهو خلاف المذهب وأما ثانيا فلان الامر لا يدل على الفور الا اذا خيف الفوات الا أن يقال الفور يفهم من الفاء فى فاقتلوه

لاطلاق الدلائل وكيفية توبته أن يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لادين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود قال (فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شئ على القاتل) ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب

(واطلاق الدلائل) التى ذكرناها (وكيفية توبته أن يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لانه لادين له) قيل هو أن يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وأنا برىء من كل دين غير دين الاسلام قيل لكن هذا بعد أن يأتى بالشهادتين والاقرار بالبعث والنشور مستحب وبه قالت الائمة الثلاثة (ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود) وفى شرح الطحاوى سئل أبو يوسف عن الرجل كيف يسلم فقال يقول أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله ويقر بما جاء به من عند الله ويتبرأ من الدين الذى انتحله وان شهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله وقال ولم أدخل فى هذا الدين قط وأنا برىء منه أى من الدين الذى ارتد اليه فهى توبة انتهى وقوله قط يريد به معنى أبدا الان قط ظرف لما مضى لا لما يستقبل وفى شرح الطحاوى اسلام النصرانى أن يقول أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله ويتبرأ من النصرانية واليهودى كذلك يتبرأ من اليهودية وكذا فى كل ملة وأما مجرد الشهادتين فلا يكون مسلما لانهم يقولون بذلك غير أنهم يدعون خصوص الرسالة الى العرب فيصدق أنه رسول الله ولا يتم الاسلام به هذا فيمن بين أظهرنا منهم وأما من فى دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مسلم أو قال دخلت فى دين الاسلام أو فى دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل اسلامه فكيف اذا أتى بالشهادتين لان فى ذلك الوقت ضيقا وقوله هذا انما أراد به الاسلام الذى يدفع عنه القتل الحاضر فيحمل عليه ويحكم به بمجرد ذلك فلو ارتد بعد ذلك قتلناه ولو ارتد بعد اسلامه ثانيا قبلنا توبته أيضا وكذا ثالثا ورابعا الا أن الكرخى قال فان عاد بعد الثالثة يقتل ان لم يتب فى الحال ولا يؤجل فان تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص فحينئذ يخلى سبيله فان عاد بعد ذلك فعل به كذلك أبدا ما دام يرجع الى الاسلام قال الكرخى هذا قول أصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب أبدا وما ذكر الكرخى مروى فى النوادر قال اذا تكرر ذلك منه يضرب ضربا مبرحا ثم يحبس الى أن تظهر توبته ورجوعه انتهى وذلك لاطلاق قوله تعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم وعن ابن عمر وعلى رضى الله عنهم لا تقبل توبة من كررت ردته كالزنديق وهو قول مالك وأحمد والليث لقوله تعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لن تقبل توبتهم الآية قلنا رتب عدم المغفرة على شرط قوله تعالى ثم ازدادوا كفرا وفى الدراية قال فى الزنديق لنا روايتان فى رواية لا تقبل توبته كقول مالك وأحمد وفى رواية تقبل كقول الشافعى وهذا فى حق أحكام الدنيا أما فيما بينه وبين الله جل ذكره اذا صدق قبله سبحانه وتعالى بلا خلاف وما عن أبى يوسف لو فعل ذلك مرارا يقتل غيلة فسره بأن ينتظر فاذا أظهر كلمة الكفر قتل قبل ان يستتاب لانه ظهر منه الاستخفاف وقتل الكافر الذى بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز (قوله فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه) أو قطع عضوا منه (كره ذلك ولا شئ على القاتل) والقاطع (لان الكفر مبيح) وكل جناية على المرتد هدر (ومعنى الكراهة هنا ترك المستحب) فهى كراهة تنزيه وعند من يقول بوجوب العرض كراهة تحريم وفى شرح الطحاوى اذا فعل ذلك أى القتل أو القطع

قال المصنف (وكيفية توبته أن يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام) أقول قال الكاكى وفى المنية هو أن يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وأنا برىء من كل دين سوى دين الاسلام والاقرار بالبعث والنشور مستحب اه قال الاتقانى نقل الناطفى فى الاجناس عن كتاب الارتداد للحسن فان تاب المرتد وعاد الى الاسلام ثم عاد الى الكفر حتى فعل ذلك ثلاث مرات وفى كل مرة طلب من الامام التأجيل أجله الامام ثلاثة أيام فان عاد الى الكفر رابعا ثم طلب التأجيل فانه لا يؤجله فان أسلم والا قتل وقال الكرخى فى مختصره فان رجع أيضا عن الاسلام فأتى به الى الامام بعد ثلاثة استتابه أيضا فان لم يتب قتله ولا يؤجله فان هو تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبة ويرى من حاله حال انسان قد أخلص فاذا فعل ذلك خلى سبيله فان عاد بعد ما خلى سبيله فعل به مثل ذلك أبدا ما دام يرجع الى الاسلام ولا يقتل الا أن يأبى أن يسلم وقال أبو الحسن الكرخى رحمه الله وهذا قول أصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب أبدا اه وفى معراج الدراية وفى الزنديق لنا روايتان فى رواية لا يقبل توبته كقول مالك وأحمد وفى رواية تقبل كقول الشافعى اه

(وأما المرتدة فلا تقتل) فان قتلها رجل لم يضمن شيأ حرة كانت أو أمة قال فى النهاية كذا فى المبسوط وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه (ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية متغلظة) وكل ماهو جناية متغلظة (يناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركه ردة الرجل فى هذه العلة فيجب أن تشاركها فى موجبها) لأن الاشتراك فى العلة يوجب الاشتراك فى المعلول وصار كالزنا وشرب الخمر والسرقة وفيه نظر لانه اثبات مايدرأ بالشبهات بالرأى (ولنا أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء) ولان القتل جزاء الكفر (والأصل فى الاجزية تأخيرها الى دار الجزاء وهى الآخرة لان تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء) الذى هو من الله تعالى اظهار علمه لان الناس يمتنعون خوفا من لحوقه فصاروا فى المعنى كالمجبورين وفيه اخلال بالابتلاء (وانما عدل عنه) أى عن هذا الاصل الى تعجيل بعضها (دفعا للشر ناجزوهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء) لأن بنيتهن غير صالحة لذلك (بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية) والكافرة الاصلية لاتقتل فكذا المرتدة وما قيل إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل انه عليه الصلاة والسلام لم يقتلها بمجرد الردة بل لأنها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لها ثلاثون ابنا وهى تحرضهم على قتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بقتلها والجواب عما روى أنه ليس بجرى على ظاهره لان التبديل يتحقق من الكافر اذا أسلم فعرفنا انه عام لحقه خصوص فيخصص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى الكفر

(وأما المرتدة فلا تقتل) وقال الشافعى تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انه جناية متغلظة فتناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها فى موجبها ولنا أن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تأخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا للشر ناجزوهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية

بغير اذن الامام أدب (قوله وأما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس أبدا حتى تسلم أو تموت) ولو قتلها قاتل لاشئ عليه لأحد حرة كانت أو أمة ذكره فى المبسوط ولم يذكر الضرب فى الجامع الكبير ولا فى ظاهر الرواية (ويروى) عن أبى حنيفة أنها (تضرب فى كل أيام) وقدرها بعضهم بثلاثة وعن الحسن تضرب كل يوم تسعة وثلاثين سوطا الى أن تموت أو تسلم ولم يخصه بحرة ولا أمة وهذا قتل معنى لأن موالاة الضرب تفضى اليه ولذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدود إنه لا يقام عليه الحد الثانى مالم يبرأ من الحد السابق كى لا يصير قتلا وهو غير المستحق ثم الامة تدفع الى مولاها فيجعل حبسها ببيت السيد سواء طلب هو ذلك أم لا فى الصحيح ويتولى هو جبرها قال المصنف (جمعا بين الحقين) يعنى حق الله تعالى وحق السيد فى الاستخدام فانه لا منافاة بخلاف العبد المرتد لافائدة فى دفعه اليه لانه يقتل ولا يبقى ليمكن استخدامه ولا تسترق الحرة المرتدة مادامت فى دار الاسلام فان لحقت بدار الحرب فحينئذ تسترق اذا سبيت وعن أبى حنيفة فى النوادر تسترق فى دار الاسلام أيضا قيل ولو أفتى بهذه لا بأس به فيمن كانت ذات زوج حسما لقصدها السيئ بالردة من اثبات الفرقة وينبغى أن يشتريها الزوج من الامام أو يهبها الامام له اذا كان مصرفا لانها صارت بالردة فيأ للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الاسلام فيرتد ضرر قصدها عليها قيل وفى البلاد التى استولى عليها التتر وأجروا أحكامهم فيها وأبقوا المسلمين كما وقع فى خوارزم وغيرها اذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لانها صارت دار حرب فى الظاهر من غير حاجة الى أن يشتريها من الامام وقد أفتى الدبوسى والصفار وبعض أهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليها وغيرهم مشوا على الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطا واختاره قاضيخان للفتوى وعند الائمة الثلاثة تقتل المرتدة واقتصر المصنف على خلاف الشافعى قال (لما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وهو حديث فى صحيح البخارى وغيره قال (ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية متغلظة) هى جناية الكفر (وجناية المرأة تشاركها فيها فتشاركها فى موجبها) وهو القتل (ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء) كما مر فى الحديث الصحيح وهذا مطلق يعم الكافرة أصليا وعارضا وثبت تعليله صلى الله عليه وسلم بالعلة المنصوصة كما قدمناه فى الحديث من عدم حرابها فكان مخصصا لعموم ماروا ه بعد أن عمومه مخصص بمن بدل دينه من

(قال المصنف ولنا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء الخ) أقول لكنه مخصوص فانها اذا قتلت نفسا بحديدة عمدا اقتص فجاز تخصيصه بالقياس الذى ذكره الشافعى (قوله لان تعجيلها يخل الى قوله لان الناس الخ) أقول تعليل لقوله يخل بمعنى الابتلاء الخ (قوله خوفا من لحوقه) أقول أى لحوق الجزاء فى الدنيا قال المصنف (وانما عدل عنه الخ) أقول قال ابن الهمام لاجزاء على فعل الكفر فان جزاءه أعظم عند الله تعالى من ذلك اهـ فيه كلام لانه يأباه ظاهر قوله وانما عدل عنه

قال (ولكن تحبس حتى تسلم) لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما فى حقوق العباد (وفى الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت أو أمة والامة يجبرها مولاها) أما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين و يروى تضرب فى كل أيام مبالغة فى الحمل على الاسلام

الكفر الى الاسلام وماذكر المصنف من المعنى بعد هذا زيادة بيان وهو أن الأصل فى الاجزية أن تتأخر الى دار الجزاء وهى الدار الآخرة فانها الموضوعة للاجزية على الاعمال الموضوعة هذه الدار لها فهذه دار أعمال وتلك دار جزاء بها وكل جزاء شرع فى هذه الدار ماهو الالمصالح تعود الينا فى هذه الدار كالقصاص وحد القذف والشرب والزنا والسرقة شرعت لحفظ النفوس والاعراض والعقول والأنساب والاموال فكذا يجب فى القتل بالردة أن يكون لدفع شر حرابه لاجزاء على فعل الكفر لان جزاءه أعظم من ذلك عند الله تعالى فيختص بمن يتأتى منه الحراب وهو الرجل ولهذا نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء وعلله بأنها لم تكن تقاتل على ماصح من الحديث فيما تقدم ولهذا قلنا لو كانت المرتدة ذات رأى وتبع تقتل لا لردتها بل لأنها حينئذ تسعى فى الارض بالفساد وانما حبست (لانها امتنعت عن أداء حق الله تعالى بعد أن أقرت به فتحبس كما فى حقوق العباد) وقد روى أبو يوسف عن أبى حنيفة عن عاصم بن أبى النجود عن أبى رزين عن ابن عباس رضى الله عنهما قال لا تقتل النساء اذا هن ارتددن عن الاسلام ولكن يحبسن و يدعين الى الاسلام و يجبرن عليه وفى بلاغات محمد قال بلغنا عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال اذا ارتدت المرأة عن الاسلام حبست وأما ماروى الدارقطنى عن جابر أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الاسلام فأمر النبى صلى الله عليه وسلم أن يعرض عليها الاسلام فان رجعت والا قتلت فضعف بعمر بن بكار وأخرجه أيضا من طريق آخر عن جابر ولم يسم المرأة وزاد فعرض عليها الاسلام فأبت أن تسلم فقتلت وهو ضعيف بعبد الله بن أذينة قال ابن حبان لا يجوز الاحتجاج به بحال وقال الدارقطنى فى المؤتلف والمختلف انه متروك ورواه ابن عدى فى الكامل وقال عبد الله ابن عطارد ابن أذينة منكر الحديث وروى حديث آخر عن عائشة ارتدت امرأة يوم أحد فأمر عليه الصلاة والسلام أن تستتاب فان تابت والا قتلت وفى سنده محمد بن عبد الملك قالوا فيه انه يضع الحديث مع أنها معارضة بأحاديث أخر مثلها وأمثل منها ما أخرجه الدارقطنى عن أبى رزين عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتل المرأة اذا ارتدت وفيه عبد الله بن عيسى الجزرى قال الدارقطنى كذاب يضع الحديث وأخرج ابن عدى فى الكامل عن أبى هريرة رضى الله عنه أن امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتدت فلم يقتلها وضعفه بحفص بن سليمان قال ابن عدى عامة مايرويه غير محفوظ وأخرج الطبرانى فى معجمه حدثنا الحسن بن اسحق التسترى حدثنا هرمز بن معلى حدثنا محمد ابن سلمة عن الفزارى عن مكحول عن أبى طلحة اليعمرى عن أبى ثعلبة الخشنى عن معاذ بن جبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه الى اليمن أيما رجل ارتد عن الاسلام فادعه فان تاب فاقبل منه وان لم يتب فاضرب عنقه وأيما امرأة ارتدت عن الاسلام فادعها فان تابت فاقبل منها وان أبت فاستتبها وتقدم رواية أبى حنيفة عن عاصم عن أبى رزين عن ابن عباس رضى الله عنهما مما أسند الدارقطنى عن ابن معين أنه قال كان الثورى يعيب على أبى حنيفة حديثا كان يرويه عن عاصم عن أبى رزين لم يروه أحد غير أبى حنيفة عن عاصم عن أبى رزين مدفوع بأنه أخرجه الدارقطنى عن أبى مالك النخعى عن عاصم به فزال انفراد أبى حنيفة الذى ادعاه الثورى وروى عبد الرزاق عن عمر أنه أمر فى أم ولد تنصرت أن تباع فى أرض ذات مؤنة عليها ولا تباع فى أهل دينها فبيعت فى دومة الجندل من غير أهل دينها وأخرج الدارقطنى عن على رضى الله عنه المرتدة تستتاب ولا تقتل وضعف بخلاس

وقوله (ولكن تحبس) ظاهر وأعاد رواية الجامع الصغير لاشتمالها على ذكر الجبر والحرة والأمة وقوله (والأمة يجبرها مولاها) قال أبو حنيفة رحمه الله اذا ارتدت الامة واحتاج المولى الى خدمتها دفعت اليه وأمره القاضى أن يجبرها على الاسلام قال المصنف (أما الجبر فلما ذكرنا) يعنى أنها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار (ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين) أى الجبر والاستخدام ولم يشترط فى الكتاب حاجة المولى الى خدمتها وهى رواية الجامع الصغير وشرطها فى رواية قال فخر الاسلام رحمه الله والصحيح أنها تدفع الى المولى احتاج اليها أو استغنى وقال وكذلك لا يشترط طلب المولى فان قيل للمولى حق الاستخدام فى العبد والأمة جميعا فكيف دفعت اليه الامة دون العبد أجيب بأن العبد اذا أبى قتل فلا فائدة فى الدفع الى المولى

قال (ويزول ملك المرتدعن أمواله بردته زوالامراعى) أى موقوفا الى أن يتبين حاله (فان أسلم عادت على حالها قالوا) أى المشايخ (هذا عندأبى حنيفة وعندهما لايزول لانه مكلف محتاج) وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه لانه لايتمكن من اقامة موجب التكليف الابالملك فيبقى ملكه (الى أن يقتل كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص) والجامع أن كلامنهم مكلف مباح الدم (وله أنه حربى مقهور تحت أيدينا) بدليل انه يقتل (ولاقتل الابالحراب) فكان القتل ههنا مستلزما للحراب لان نفس الكفر ليس بمبيح له ولهذا لايقتل الاعمى والمقعد والشيخ الفانى وقد تحقق الملزوم (٣٩٠) بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلابد من لازمه وهو كونه حربيا (وهذا) أى كونه حربيا مقهورا تحت أيدينا (يوجب زوال ملكه ومالكيته) لان المقهورية امارة المملوكية فاذا كان مقهورا ارتفعت مالكيته وارتفاعها يستلزم ارتفاع الملك لان ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال (غيرأنه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه وعوده مرجو) وذلك يوجب بقاء المالكية لانه حى مكلف يحتاج الى مايتمكن به من أداء ما كلف به فبالنظر الى الاول يزول ملكه وبالنظر الى الثانى لايزول (فتوقفنا فى أمره) وقلنا بزوال موقوف (فان أسلم جعل العارض كأن لم يكن فى حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات أوقتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه) لايقال اذا كان كذلك كان الواجب أن لايخرج المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل فى غير هذا الموضع لانا نقول ذلك مقتضاه اذا تساوى الجهتان وأفضى الى الشك وههنا ليس كذلك فان جهة الخروج ظن وجهة عدمه دونه فيلزم التوقف وانما قيد بقوله فى حق هذا الحكم احترازا عن احباط طاعاته ووقوع الفرقة بينه وبين امرأته وتجديد الايمان فان الارتداد بالنسبة اليها قد عمل عمله ثم

قال (ويزول ملك المرتدعن أمواله بردته زوالامراعى فان أسلم عادت على حالها قالوا هذا عندأبى حنيفة وعندهما لايزول ملكه) لانه مكلف محتاج فالى أن يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربى مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ولاقتل الابالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غيرأنه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا فى أمره فان أسلم جعل العارض كأن لم يكن فى حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات أوقتل على ردته أولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه

(قوله ويزول ملك المرتدعن أملاكه زوالامراعى) أى موقوفا غيربات فى الحال (فان أسلم عادت أمواله على حالها) الاول (وان مات أوقتل على ردته أولحق بدار الحرب وحكم) الحاكم (بلحاقه استقر أمره فعمل السبب) وهو كونه كافرا حربيا (عمله) مستندا الى وقت الردة كالمشترى بشرط الخيار يثبت ملكه عند الاجازة مستندا الى وقت البيع وجعله كخيار المجلس عند الشافعى يقتضى أنه ملك بات ثم يرتفع بالخيار شرعا كالرجوع فى الهبة وبه صرح بعض الشارحين حين ورد عليه أن لامعنى للزوال المراعى والموقوف لانه إما أن يزول أولا فأجاب بأنه يزول ثم يعود بالاسلام وهذا ليس واقعا والالم يستند الى ماقبله كالملك الراجع بالرجوع (قالوا) أى المشايخ (هذا عندأبى حنيفة رحمه الله وعندهما لايزول ملكه) والاصح من قول الشافعى مثل قوله وبه قال مالك وأحمد فى رواية وقولهما قول آخر للشافعى وجهه (أنه مكلف محتاج) ولايتمكن من اقامة التكليف الا بماله وأثر الردة فى اباحة دمه لافى زوال ملكه فان لم يقتل يبقى ملكه وصار (كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص) لايزول ملكه مالم يقتل (ولابى حنيفة أنه كافر حربى مقهور تحت أيدينا الى أن يقتل) والملك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف فى المال ولايكون ذلك الابالعصمة وكونه حربيا (يوجب زوال ملكه ومالكيته) ومقتضى هذا أن يزول فى الحال على البتات (الاأنه مدعو الى الاسلام ويرجى عوده اليه) لانه كان ممن دخله وعرف محاسنه وأنس به نسأل الله حفظه علينا الى الجنة بمنه وكرمه فالغالب على الظن عوده الى الاسلام (فتوقفنا فى أمره فان أسلم جعل العارض كأن لم يكن فى حق هذا الحكم) وهو زوال الملك (وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب) عمله وان ثبت منه أحد ماقلنا عمل عمله من وقت وجوده ولايخفى أن الحرابة لاتوجب انتفاء الملك بل زوال العصمة فان الحربى يملك غيرأن مملوكه لاعصمة له فاذا استولى عليه زال ملكه فكون المرتد حربيا قصارى مايقتضى زوال عصمة ماله ونفسه تبعا وهو لاينفى قيام الملك فى الحال فلا يوجب الحكم بالزوال مستندا ولهذا زاد قوله مقهورا تحت أيدينا فيكون ماله مستولى عليه واعلم أن حقيقة المراد أن بالردة يزول ملكه زوالا باتا فان استمر حتى مات حقيقة أوحكما باللحاق استمر الزوال الثابت من وقت الردة وان عاد عاد الملك وهما هربا من الحكم بالزوال لان الساقط لايعود فيقول أبوحنيفة ان الردة لما اقتضت الزوال والاجماع على أنه ان عاد وماله قائم كان أحق به وجب أن يعمل بهما فيقول بالردة يزول

(قوله وعندهما لايزول لانه الخ) أقول منقوض بملك المرقوق كما يشير اليه دليل أبى حنيفة (قوله والجامع أن كلامنهم الخ) أقول فيه بحث (قال المصنف وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته) أقول قوله ومالكيته كأنه عطف تفسيرى (قوله يستلزم ارتفاع الملك الخ) أقول لعل المراد ارتفاع اضافة الملك اليه والافالظاهر أن الملك نفسه غيرمرتفع

قال (وان مات أوقتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيأ) وهذا عند أبي حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد كلاهما لورثته) وقال الشافعي كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا أمان له فيكون فيأ ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة اعتبار الاستناد

ثم بالعود يعود شرعا هذا بعد اتفاقهما على عدم زوال ملكه قال الشيخ أبو نصر البغدادي إن أبا يوسف جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فتصير تبرعاته من جميع المال وجعله محمد بمنزلة المريض فتعتبر من الثلث وجه قول محمد أنه في معرض التلف فهو أسوأ من المريض حالا وأبو يوسف يمنعه ويقول المرتد متمكن من دفع الهلاك بالاسلام والمريض غير قادر عليه (قوله وان مات أوقتل على ردته أو حكم بلحاقه انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيأ) لجماعة المسلمين يوضع في بيت المال (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا كلا الكسبين لورثته وقال الشافعي) ومالك وأحمد (كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر) اجماعا (فبقي مال حربي لا أمان له) لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب (فيكون فيأ ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه) من أنه مكلف محتاج الى آخره (فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم) وهذا لا ينتهض على الشافعي الا اذا بينا ماهية الاستناد وهو أن يقال إن أخذ المسلمين له اذا لم يكن له وارث بطريق الوراثة وهو يوجب الحكم باستناده شرعا الى ما قبيل ردته والا كان توريث الكافر من المسلم ويحمل الحديث الكافر الاصلي الذي لم يسبق له اسلام أو نقول استحقاق المسلمين له بسبب الاسلام والورثة ساووا المسلمين في ذلك وترجحوا بجهة القرابة فكانوا كقرابة ذات جهتين بالنسبة الى قرابة ذات جهة كالأخ الشقيق مع الاخ لأب قال تعالى أومن كان ميتا فأحييناه (ولابي حنيفة) ما قالاه في وجه التوريث الا (انه انما يمكن في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة) وهي الموت فيستند الارث الى ما قبله وقد قلت ان بمجرد ردته زال ملكه فما كسبه بعد الردة لا يقع مملوكا له ليمكن استناد التوريث فيه الى ما قبيل موته الحكمي أعني الردة لأنه انما يورث ما هو مملوك للميت عند الموت فيظهر أن الاختلاف بينه وبينهما في توريث كسب الردة مبني على الحكم الخلافي المتقدم وهو أن المرتد تزول املاكه بالردة المستمرة على ما حققناه عنده وعندهما لا يزول حتى يتحقق الموت الحقيقي أو الحكمي باللحاق واذا كان كذلك فما كسبه في زمن الردة يكون مملوكا له ثم اذا تحقق الموت وقلنا بوجوب ارثهم اياه والفرض أن له مالا مملوكا فلا بد من ارثهم له وارثهم يستدعي استناده الى ما قبيل ردته فيلزم بالضرورة اعتبار ما اكتسبه في زمن الردة موجودا قبلها حكما لوجود سببه وهو نفس المرتد وان كان معدوما حسا وقتئذ والله أعلم (قوله ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة) بأن كان حرا مسلما (وبقي كذلك الى وقت موته) أو لحاقه (في رواية عن أبي حنيفة) رواها عنه الحسن بن زياد وهذا الاعتبار الاستناد في الارث فان المستند لا بد أن يثبت أولا ثم يستند فيجب أن يصادف عند ثبوته من هو بصفة

منه من وقت الاسلام (ولابي حنيفة رحمه الله أنه يمكن الاستناد) أي استناد التوريث (في كسب الاسلام لوجوده) أي لوجود الكسب (قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها) أي لعدم الكسب قبل الردة (ومن شرطه وجوده) قبلها أي ومن شرط استناد التوريث وجود الكسب قبل الردة ليكون فيه توريث المسلم من المسلم لانا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه في حال الردة لزم توريث المسلم من الكافر وذلك لا يجوز (ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته) حتى لو حدث له وارث بعد الردة بأن أسلم بعض قرابته أو ولد له من علوق حادث بعد ردته لا يرثه (في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) وهي رواية الحسن عنه (اعتبارا للاستناد) يعني ان الردة يثبت بها الارث بعد وجود الاشياء الثلاثة الموت والقتل والحكم بلحاقه بدار الحرب وان لم يثبت قبل وجودها فاذا وجدت صار كأن الوارث ورثه حين الردة فلأجل هذا شرط أن يكون وارثا له وجود أحدهما

(قوله وقوله ويستند يعني التوريث) أقول فيه بحث فان المرتد قبل ردته حي حقيقة وحكما فكيف يستند اليه التوريث فانه يستلزم تقدم الحكم على السبب فليتأمل في جوابه فالشرع جعل السبب هو الجزء المقدم على الردة من الزمان لئلا يلزم توريث المسلم من الكافر

(وعنه) أى عن أبى حنيفة وهو رواية عن أبى يوسف (انه يرثه من كان وارثاله عند الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته) أى بموت الوارث (بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت) فى التوريث ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه فهذا كذلك (وعنه) أى عن أبى حنيفة رحمه الله وهو رواية عن محمد قيل وهو الاصح (أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت) يعنى أحد الامور الثلاثة سواء كان موجودا وقت الردة أو حدث بعده (لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده كما فى الولد الحادث من المبيع قبل القبض) فى انه يصير معقودا عليه بالقبض فيكون له حصة من الثمن قال فى النهاية وحاصله أن على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثا وقت الردة وكونه باقيا الى وقت الموت أو القتل حتى لو كان وارثا ثم مات قبل موت المرتد أو حدث وارث بعد الردة فانهما لا يرثان وعلى رواية أبى يوسف رحمه الله يشترط الوصف الاول دون الثانى وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثانى دون الاول (وترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل وهى فى العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا) لانها سبب الهلاك كالمرض فاشبه ردته التى حصلت بها البينونة الطلاق فى حالة المرض والطلاق البائن حالة المرض يوجب الارث اذا كانت فى العدة فان قيل أبو حنيفة يسند التوريث الى ماقبل الردة وذلك يستلزم ان لا يتفاوت الحكم بين المدخول بها وغير المدخول بها لان الردة موت وامرأة الميت تعتد ترثه سواء كانت مدخولا بها أو لم تكن أجيب بأن الموت الحقيقى سبب للارث حقيقة فيستوى فيه المدخول بها وغيرها وأما الردة فانها جعلت موتا حكما ليكون توريث المسلم من المسلم فهى ضعيفة فى السببية فلا بد من تقويتها بما هو من آثار النكاح من الدخول وقيام العدة

وعنه أنه يرثه من كان وارثاله عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل على ردته وهى فى العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة

استحقاق الارث وهو المسلم الحر وكذا عند استناده حتى لو أسلم بعض قرابته أو ولد من علوق حادث بعد الردة لا يرثه على هذه الرواية (وعنه أنه يرثه من كان وارثا عند الردة) فقط من غير اشتراط بقائه بالصفة الى الموت وهذه رواية عن أبى يوسف عنه (فلا يبطل استحقاقه) أى استحقاق من كان وارثا عند الردة بعروض موت ذلك الوارث أو ردته بعد ردة أبيه (بل) اذا مات أو ارتد (يخلفه وارثه) وهو وارث الوارث وعلى هذه الرواية عول الكرخى لان الردة بمنزلة الموت فيعتبر وقتها لاستحقاق الميراث (وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت) واللحاق وهى رواية محمد عنه قال فى المبسوط وهذا أصح (لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده) ألا ترى أن الولد الذى يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد فى أنه يصير معقودا عليه ويكون له حصة من الثمن الا أنها غير مضمونة حتى لو هلك فى يد البائع قبل القبض بغير فعل أحد هلك بغير شئ وبقى الثمن كله على البائع فلو كان من يحيث يرثه كافرا أو عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل أن يموت أو يلحق أو أسلم ورثه وهو قول أبى يوسف ومحمد الا أن الكرخى حكى بينهما خلافا فى اللحاق فعند أبى يوسف يعتبر حال الوارث يوم الحكم باللحاق وعند محمد يوم اللحاق لا الحكم وجه أبى يوسف أن العارض يعنى الردة متصور زواله فتوقف ثبوت حكمه على القضاء ووجه محمد أن اللحاق تزول به العصمة والامان والذمة فى حق المستأمن والذمى فكان هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاء فتؤدى الكتابة فانه يعتبر حال وارثه يوم مات لا حال أداء الكتابة وجوابه من قبل أبى يوسف أن اللحاق ليس حقيقة الموت الميؤس عن ارتفاعه ليثبت الحكم به بلا قضاء بل فى حكمه لانقطاع ولايتنا عنه وأحكامنا فلا يثبت به أحكام الموت قبل أن يتأكد وذلك بالحكم به (قوله وترثه امرأته) أى المرأة المسلمة (اذا مات أو قتل) أو لحق بدار الحرب (وهى فى العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة) وهذا لان الردة لما كانت سبب الموت وهى باختياره أشبهت الطلاق البائن فى مرض الموت وهو يوجب الارث اذا مات وهى فى العدة لانه فار ولو كان وقت الردة مريضا فلا اشكال فى ارثها وقد يقال كون الردة تشبه الطلاق قصاراها أن يجعل بالردة كأنه طلقها والفرض أنه صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفرار فالتحقيق أن يقال بالردة كأنه مرض مرض الموت باختياره بسبب المرض ثم هو باصراره على الكفر مختارا فى الاصرار الذى هو سبب القتل حتى قتل بمنزلة المطلق فى مرض الموت ثم يموت قتلا أو حتف أنفه أو بلحاقه فيثبت حكم الفرار وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنها ترثه وان كانت منقضية العدة لأنها كانت وارثة عند ردته وبه قال أبو يوسف وهو تفريع على رواية الاكتفاء بالتحقق بصفة الوارث حال الردة فقط وهى رواية أبى يوسف وما فى الكتاب على رواية الحسن من اعتباره وبقائه بالصفة الى الموت أو على رواية اعتباره وقت موته فقط هذا واشتراط قيام العدة يقتضى أنها موطوءة فلا ترث غير المدخولة وهو كذلك وذلك أن بمجرد الردة تبين غير المدخولة لا الى عدة فتصير أجنبية ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى ان المدخولة انما

وقوله (بخلاف المرتد عند أبى حنيفة رضى الله عنه) فان ما اكتسبه فى حال ردته فهو فىء عنده وفرق بينهما بقوله لأنه لاحراب منها ومعناه فلا قتل اذ ذاك لما تقدم من الملازمة وحاصل الفرق أن المرأة لا تقتل والرجل يقتل ومعناه أن عصمة المال تبع لعصمة النفس و بالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذلك عصمة مالها بخلاف الرجل فلما كانت عصمة مالها باقية بعد ردتها كان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون ميراثا لورثتها (ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهى مريضة) والقياس ان لا يرثها لان فرار الزوج انما كان يتحقق اذا مات وهى فى العدة الا ترى انه لو طلقها قبل الدخول بها فى مرضه لم يكن لها الميراث لانها ليست فى عدته ثم ههنا لا عدة على الرجل فينبغى ان لا يرثها الزوج ووجه الاستحسان ما أشار اليه بقوله (لقصدها ابطال حقه) و بيانه أن حقه تعلق بمالها بمرضها فكانت بالردة قاصدة ابطال حقه فارة عن ميراثه فيرد عليها قصدها كما فى جانب الزوج بخلاف ما اذا كانت صحيحة حين ارتدت لانها بانت بنفس الردة فلم تصر مشرفة على الهلاك لانها لا تقتل بخلاف الرجل فلا يكون فى حكم الفارة المريضة فلا يرث زوجها منها (قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا) ان لحق المرتد بدار الحرب وحكم القاضى بلحاقه (عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت الديون التى عليه ونقل ما اكتسبه فى حالة الاسلام الى ورثته المسلمين) عندنا (وقال الشافعى رضى الله عنه يبقى ماله موقوفا) وهو أحد أقواله (لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة فى دار الاسلام) والجامع كونه غيبة كما ترى وهو ضعيف جدا

والمرتدة كسبها لورثتها لانه لاحراب منها فلم يوجد سبب الفىء بخلاف المرتد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و يرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهى مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد قال (وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت الديون التى عليه ونقل ما اكتسبه فى حال الاسلام الى ورثته من المسلمين) وقال الشافعى يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فأشبه الغيبة فى دار الاسلام

تعتد فيها بالحيض لا الاشهر لم ينتهض سببا للارث اذا لم يكن عند موت الزوج أو لحاقه أثر من آثار النكاح لأن الارث وان استند الى الردة لكن يتقرر عند الموت و بهذا أيضا لا ترث المنقضية عدتها (قوله والمرتدة كسبها لورثتها لانه لاحراب منها) اذ المرأة لاحراب منها سواء كانت كافرة أصلية أو صارت كافرة (فلم يوجد سبب الفىء) وهو سقوط عصمة نفسها المستتبعة لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسبى اسلامها وردتها على ملكها فيرثهما ورثتها (بخلاف المرتد عند أبى حنيفة رحمه الله) فان كسبه فى الردة فىء لكونه محاربا فى الحال أو فى المآل باللحاق فلا يملكه لكونه مال حربى مقهور تحت أيدينا فلا يورث (قوله و يرثها زوجها المسلم اذا كانت ارتدت وهى مريضة) فماتت من ذلك المرض أو لحقت بدار الحرب مع ذلك المرض لانها قصدت الفرار من ميراث الزوج بعد ما تعلق حقه بمالها بسبب مرضها بخلاف ما لو ارتدت وهى صحيحة فانها بردتها هذه لم تبطل له حقا متعلقا بمالها وهذا التقرير فيه جعل ردتها كطلاقه فردتها فى مرضها كطلاقه فى مرضه وردتها فى صحتها كطلاقه فى صحته و به لا يكون فارا اذا عرض له موت وهى فى العدة بخلاف ما قررناه فى جانب الرجل فان بردته فى صحته ترث اذا عرض له موت فلو جعلت ردته كطلاقه بائنا كان مطلقا فى صحته وعروض الموت للمطلق فى صحته لا يوجب له حكم الفرار فلذا جعلنا ردته كمباشرته لسبب مرض موته ثم باصراره جعل مطلقا فى مرضه فاذا مات ثبت حكم الفرار (قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت ديونه) المؤجلة (ونقل ما اكتسبه فى دار الاسلام الى ورثته المسلمين) باتفاق علمائنا الثلاثة وكذا ما اكتسبه فى أيام ردته على قولهما كما مر ولا يفعل شئ من ذلك ما كان مقيما فى دار الاسلام وأما ما أوصى به فى حال اسلامه فالمذكور فى ظاهر الرواية من المبسوط وغيره أنها تبطل مطلقا من غير فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذكر خلاف وذكر الولوالجى أن الاطلاق قوله وقولهما أن الوصية بغير القربة لا تبطل لان لبقاء الوصية حكم الابتداء وابتداء الوصية بغير القربة بعد الردة عندهما تصح وعند أبى حنيفة تتوقف فكذا هنا قيل وأراد بالوصية بغير القربة الوصية للنائحة والمغنية وقال الطحاوى لا تبطل فيما لا يصح الرجوع عنه وحمل اطلاق محمد لبطلان الوصية على وصية يصح الرجوع عنها ووجه البطلان مطلقا أن تنفيذ الوصية لحق الميت ولا حق له بعد ما قتل على الردة أو لحق بدار الحرب فكان ردته كرجوعه عن الوصية فلا يبطل ما لا يصح الرجوع عنه كالتدبير لأن حق العتق ثبت للمدبر وبهذا عرف معنى تقييد الطحاوى الذى ذكرناه آنفا (وقال الشافعى) ومالك وأحمد (يبقى ماله موقوفا) ويحفظه الحاكم الى أن يظهر موته ثمة أو يعود مسلما فيأخذه (لأنه) أى اللحاق (نوع غيبة فأشبه الغيبة فى دار الاسلام)

قال المصنف (ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت) أقول وفيه أنه يلزم توريث المسلم من الكافرة وأجيب بان ردتها فى حكم العدم واسلامها باق حكما لانها بعد الردة تجبر على الاسلام وتحبس وباعتبار الجبر والحبس كأنها مسلمة الى هذا أشار فى المبسوط

ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا أنه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال وقال أبو يوسف وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف (وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال ردته من الديون يقضى مما اكتسبه في حال ردته) قال العبد الضعيف عصمه الله هذه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول أن المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي

وهذا لأن الدار عندهم واحدة (ولنا أنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام لانقطاع ولاية الزام أحكامه عنهم كما هي منقطعة عن الموتى) بخلاف الغيبة في بلدة أخرى من دار الاسلام فان أحكام الاسلام وولاية الزامنا ثابتة فيها فلا يلحق بذلك واذا صار اللحاق كالموت لانه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقضى به سابقا على القضاء بشئ من هذه الاحكام المذكورة في الصحيح لأن القضاء بشئ منها يكفي بل يسبق القضاء باللحاق ثم تثبت الاحكام المذكورة ولكونها كالموت قلنا اذا لحقت الحربية فلزوجها أن يتزوج بأختها قبل انقضاء عدتها ولأنه لا عدة على الحربية من المسلم لان في العدة حق الزوج وتباين الدارين مناف له ولو سبيت أو عادت مسلمة لم يضر نكاح أختها لأن العدة بعد أن سقطت لا تعود (ثم المعتبر في كون الوارث وارثا عند اللحاق في قول محمد لأنه السبب والقضاء انما لزم لتقرره بقطع الاحتمال) أي احتمال عوده أي اللحاق لا يوجب احكام الموت الا اذا كان مستقرا وهو أمر غير معلوم فبالقضاء به يتقرر (وعند أبي يوسف) يعتبر كونه وارثا (وقت القضاء) حتى لو كان من يحب يرث وقت الردة كافرا أو عبدا ووقت القضاء مسلما معتقا ورث عند أبي يوسف لا عند محمد وهذا (لأنه) أي اللحاق انما (يصير موتا بالقضاء) لانه بمجرده غيبة فتقررها بالقضاء به و بتقرره يصير موتا والارث يعتبر عند الموت وقد مر تمام وجهي القولين (والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف) في المرتد وعلى الاحكام التي ذكرناها من عتق مدبريها وحلول ديونها (قوله وتقضى ديونه التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وديونه التي لزمته في حال ردته مما اكتسبه في حال ردته) وعلى هذا فان فضل من كسب الاسلام عن ديون الاسلام شئ ورثته الورثة والا لا يرثون شيأ ولو فضل عن ديون الردة شئ من كسب الردة عند أبي حنيفة أنه لا يورث لانه لا يورث كسب الردة قال المصنف رحمه الله (وهذا التفصيل المذكور رواية عن أبي حنيفة) قيل رواها زفر عنه ولم ينسب الكرخي هذا الى أبي حنيفة بل قال وقال زفر والحسن ما لحقه في حال الاسلام الى آخره (وعنه أنه يبدأ بكسب الاسلام) فيقضى منه الدينان جميعا فان وفى فكسب الردة في جماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيأ في هذه الصورة الا أن يفضل عن كسب الاسلام شئ عن الدينين (فان لم يف بكل من كسب الردة) وهذه رواية الحسن بن زياد عنه (وعنه على عكسه) وهو أن يقضى الدينان جميعا من كسب الردة فان وفى بالديون ورثت الورثة كسب الاسلام كله وان لم يف بكل من كسب الاسلام وورثت الورثة ما فضل ان فضل شئ وهذه رواية أبي يوسف عنه (وجه الأول) وهو التفصيل (أن المستحق بالسببين) وهو دين الاسلام ودين الردة (مختلف وحصول كل من الكسبين باعتبار السبب الذي

الحرب وهم كالميت في حق المسلمين قال تعالى أومن كان ميتا فأحييناه ولان ولاية الالزام منقطعة عنهم (كما هي منقطعة عن الموتى الا أن لحاقه لا يستقر الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء فاذا تقرر موته الحكمي تثبت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها) يعني قوله عتق مدبروه الخ (كما في الموت الحقيقي) (قوله ثم يعتبر) ظاهر والضمير في لتقرره للحاق وقيل للسبب وهما متقاربان (قوله هذا رواية عن أبي حنيفة) هو رواية زفر رحمهما الله وقوله (وعنه) أي عن أبي حنيفة رضي الله عنه (أنه يبدأ بكسب الاسلام) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (قوله وعنه) أي عن أبي حنيفة أيضا وهو رواية أبي يوسف عنه (على عكسه) وهو أن يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة (قوله وجه الاول أن المستحق بالسببين) أي المداينتين (مختلف) وتقريره أن المستحق بالسببين مختلف والمؤدى من كسب واحد غير مختلف فالمستحق بالسببين غير مؤدى من كسب واحد فلا بد من أدائه من كسبين تحقيقا للاختلاف

وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب

(قوله وهم كالميت في حق المسلمين قال الله تعالى أومن كان ميتا فأحييناه) أقول فيه بحث

وجب به المستحق وهو الدين فيضاف اداؤه اليه ليكون الغرم بازاء الغنم وقوله (وجه الثانى) تقريره أن كسب الاسلام ملكه وكل ماهو ملكه يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين وأما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر بان لم يكن له كسب الاسلام فان قيل لما لم يكن ملكه كيف يؤدى منه دينه أجاب بقوله (كالذمى اذا مات ولا وارث له) فلم يبق له ملك فيما اكتسبه بل يكون ماله لعامة المسلمين ومع ذلك لو كان عليه دين يقضى منه وقوله (وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة) تقريره كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه وقضاء الدين من خالص حقه أولى منه من حق غيره الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى دينه من كسب الاسلام تقديما لحقه وفيه بحث من أوجه الاول ماقيل ان هذا يناقض قوله أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة والثانى أن كون كسب الاسلام حق الورثة ممنوع فان حقهم انما يكون متعلقا بالتركة بعد الفراغ عن حق المورث والثالث أن قضاء الدين من خالص حقه واجب ومن حق غيره ممتنع فلا وجه لقوله فكان قضاء الدين منه أولى وأجيب عن الاول بان المعنى من خلوص الحق ههنا هو أن لا يتعلق حق الغير به كما يثبت التعلق فى مال المريض ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له وكذلك الذمى اذا مات ولا وارث له على ماذكرنا آنفا وعن الثانى بان الدين انما يتعلق بماله عند الموت لا بما زال من قبل وكسب الاسلام قد زال وانتقل بالردة الى الورثة وكسبه فى الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به وعن الثالث بان كسب الاسلام بعرضية أن يصير خالص حقه بالتوبة فكان أحدهما خالص حقه والآخر بعرضية أن يصير خالص حقه ولاشك أن قضاء الدين من الاول أولى هذا على طريقة أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يقضى دينه من الكسبين جميعا لانهما جميعا ملكه حتى يجرى الارث فيهما على ماتقدم من مذهبهما قال (وما باعه أو اشتراه) ذكر التصرفات التى اختلف علماؤنا رحمهم الله فى نفاذه وتوقفه وقال وهذا عند أبى حنيفة وانما قال كذلك لان المسئلة من مسائل القدورى وليس الخلاف فيه مذكورا فى هذا الموضع وبين أقسام تصرفات المرتد وهو واضح الا مانذكره فقوله يجوز ماصنع فى الوجهين يريد باحدهما الاسلام وبالثانى القتل والموت واللحاق وقوله لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية نشر لقوله كالاستيلاد والطلاق فقوله الى حقيقة الملك يعنى فى الاستيلاد فلو ولدت جاريته وادعى نسبه يثبت منه ويرثه هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية أم ولد له لان حقه فى ماله أقوى من حق الاب فى جارية الابن واستيلاد الاب صحيح فكذلك استيلاده حيث لا يحتاج الى حقيقة الملك وانما يكتفى فيه بحق الملك

وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب فى تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثانى ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمى اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث أن كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه أولى الا اذا تعذر بأن لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال أبو يوسف ومحمد تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجرى الارث فيهما والله أعلم

قال (وما باعه أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه من أمواله فى حال ردته فهو موقوف فان أسلم صحت عقوده وان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت) وهذا عند أبى حنيفة

وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب الذى حصل به ليكون الغرم بالغنم وجه الثانى) وهو رواية الحسن (أن كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شروط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث) وهو مقدار ماعليه من الدين (فيقدم الدين) مطلقا (عليه أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عند أبى حنيفة فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه) فان قيل كيف يقضى منه وهو فىء عنده غير مملوك له بل لجماعة المسلمين أجاب فقال لا بعد فى هذا (فان الذمى اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين) ومع ذلك ان كان عليه دين يقضى منه أولا وما فضل يكون للمسلمين (فكذلك ههنا) قال فى المبسوط وعلى هذا لا ينفذ تصرفه فى الرهن وقضاء الدين من كسب الاسلام (وجه الثالث) وهو رواية أبى يوسف (أن كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه) بمعنى أنه ما تعلق به حق الغير كما يتعلق فى مال المريض والا فهو قد ذكر أن أملاكه تزول غير أنه لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس ملكه واذا كان خالص حقه (كان قضاء دينه منه أولى الا اذا لم يف فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه) قال فى المبسوط وعلى هذا نقول عقد الرهن كقضاء الدين فاذا قضى دينه من كسب الردة أو رهنه بالدين فقد فعل عين ما كان يحق فعله فهذه ثلاث روايات عن أبى حنيفة ولو لم يكن له مال الا ما اكتسبه فى حال ردته قضى منه (وقال أبو يوسف ومحمد تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه عندهما) حتى يجرى فيهما الارث (قوله وما باعه) المرتد (أو اشتراه أو أعتقه أو رهنه

(قوله وجب به المستحق وهو الدين الخ) أقول قوله وهو راجع الى المستحق (قوله أجاب بقوله كالذمى الخ) أقول فيه بحث لوضوح الفرق بينهما

وقوله (وتمام الولاية) يعنى فى الطلاق فانه يصح من العبد مع قصور الولاية على نفسه فان قيل الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق من المرتد أجيب بان المرتد يقع طلاقه كالوأبان الرجل امرأته ثم طلقها طلاقا بائنا على ماعرف على أنه يحتمل أن يوجد الارتداد ولاتقع الفرقة كالوارتدا معا (قوله لانه) أى كل واحد من النكاح والذبيحة (يعتمد الملة ولاملة له) لانه ترك ما كان عليه ولا يقر على مادخل فيه لوجوب القتل واستشكل بان المراد بالملة ان كان الاسلام ينتقض بنكاح أهل الكتاب وذبائحهم وان كان المراد بها الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح المجوس والمشركين فيما بينهم فانهم ليس لهم ملة سماوية لامقررة ولامحرفة وقد حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم القاضى بالنفقة والسكنى (٣٩٦) وجريان التوارث بين الزوجين منهم وأجيب بان المراد بالملة مايتدينون به نكاحا يقرون عليه ويجرى به التوارث بين الزوجين لان ماهو الغرض من النكاح يحصل عند ذلك وهو التوالد والتناسل والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما لان المرتد يقتل والمرتدة تحبس فكيف يتم لهما هذه الاغراض من النكاح بخلاف المجوس وأهل الشرك فانهم دانوا دينا يقرون عليه قبل الاسلام وبعده ان لم تكن المرأة من محارمه فكانت المصالح منتظمة وقوله (كالمفاوضة) معناه ان المرتد ان فاوض مسلما توقف فان أسلم نفذت المفاوضة وان مات أوقتل أوقضى بلحاقه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق (قوله وهو ماعددناه) يعنى قوله وما باعه أواشتراه الخ وقوله (على ماقررناه) اشارة الى قوله لانه مكلف يحتاج الخ وقوله (ولهذا لو ولدله ولد بعد الردة لستة أشهر) توضيح لوجود ملك المرتد يعنى فلو كان الملك زائلا لما ورثه هذا الولد لكون علوقه بعد الارتداد وقوله (ولومات ولده بعد الردة) يعنى لومات ولده المولود قبل الردة بعدها قبل موت المرتد لا يرثه فلولم يكن ملكه قائما بعد الردة لورثه هذا الولد لانه كان حيا وقت ردة الاب فاذا ثبت وجود الاهلية وقيام الملك يصح تصرفه لكن على الاختلاف المذكور فى الكتاب

وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ماصنع فى الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على أقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولاملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولامساواة بين المسلم والمرتد مالم يسلم ومختلف فى توقفه وهو ماعددناه لهما أن الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ يعتمد الملك ولاخفاء فى وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ماقررناه من قبل ولهذا لو ولدله ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه ولومات ولده بعد الردة قبل الموت لايرثه فيصح تصرفاته

الى آخره) قال المصنف رحمه الله (اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام نافذة بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك فى الاستيلاد ولا الى تمام الولاية) فى الطلاق فان الاستيلاد يصح فى جارية الابن وحق المرتد فى ماله أقوى من الاب فى جارية ابنه ولذا تصح دعوى المولى ولد أمة مكاتبه وحق المرتد فى ماله أقوى من حق المولى فى كسب المكاتب لأن المال موقوف على حكم ملكه حتى اذا أسلم كان له بلاسبب جديد ولاملك للاب والمولى فيهما والطلاق يقع من العبد مع قصور ولايته فانه لاولاية له على نفسه وأورد عليه أن بالردة تحققت الفرقة فكيف يقع الطلاق أجيب بأنه لا يلزم من وقوع البينونة امتناع الطلاق وقد سلف أن المبانة يلحقها صريح الطلاق مادامت فى العدة وصرح فى المحيط بأن الفرقة بالردة من قبيل الفرقة التى يلحقها الطلاق مع أن الردة لاتلزمها الفرقة كمالوارتدا معا ومن هذا القسم تسليم الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون لانها لاتبنى على حقيقة الملك (وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانها تعتمد الملة ولاملة له) لانه غير مقر على ماانتقل اليه من دين سماوى أوغيره كالشرك فهو بمنزلة من لاملة له وهذا حاصل مافسر به ظهير الدين من أن المراد بالملة التى يدينون بملك النكاح التوارث والتناسل والمرتد لا يتحقق فى نكاحه شئ من ذلك لانه لا يقر حيا ومن هذا القسم ارثه وأما الارث منه فقد تقدم أنه ثابت لورثته المسلمين (وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لانها تعتمد المساواة) بين الشريكين (ولامساواة بين المسلم والمرتد) فيتوقف عقد المفاوضة فان أسلم نفذت وان مات أوقتل أوقضى بلحاقه بطلت بالاتفاق لكن تصير عنانا عندهما وعند أبى حنيفة تبطل أصلا لأن فى العنان وكالة وهى موقوفة عنده (ومختلف فى توقفه وهو ماعددناه) من بيعه وشرائه وعتقه ورهنه ومنه الكتابة وقبض الديون والاجارة والوصية عنده هى موقوفة ان أسلم نفذت وان مات أوقتل أولحق بطلت (لهما أن الصحة) للمعاملات التى ذكرناها (تعتمد الاهلية) لها (والنفاذ يعتمد الملك ولاخفاء فى وجود الاهلية لكونه مخاطبا) بالايمان وكذا قتله فرع كونه مكلفا (وكذا ملكه لقيامه قبل موته على ماقررناه) يعنى من قوله مكلف محتاج الى آخره ومما يوضح كون ملك المرتد باقيا أنه لوولدله ولد من امرأة مسلمة أوأمة مسلمة لستة أشهر فصاعدا ورثه فلو كان ملكه زائلا لم يرثه هذا الولد ولوأن

قال المصنف (نافذ بالاتفاق كالاستيلاد الخ) أقول فى الكافى وتسليم شفعته والحجر على عبده المأذون اه وعد الامام التمرتاشى الحجر على المأذون من المختلف فى توقفه (قوله وان كان المراد بها الملة السماوية الخ) أقول وأيضا المرتد اذا ارتد الى النصرانية أواليهودية كان له ملة سماوية الاأن يقال الشرع لم يجعلها له ملة حيث أجبر على العود الى الاسلام

وقوله (على ماقررناه في توقف الملك) اشارة الى ماقدمه من قوله أنه حربي مقهور تحت أيدينا (وتوقف التصرفات بناء عليه) أي على توقف الملك وقوله (لتوقف حاله) أي حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن وقوله (وكذا المرتد) يعني حاله يتوقف

الا أن عند أبي يوسف تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة وعند محمد تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لاسيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة انه حربي مقهور تحت أيدينا على ماقررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا بغير أمان فيؤخذ ويقهر وتتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فأوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل (فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه) لان الوارث انما يخلفه فيه

ولده قبل الردة مات بعدها قبل موته ولحاقه لا يرثه واذا كان ملكه قائما وأهليته نفذت تصرفاته عندهما (الا أن عند أبي يوسف تصح كما تصح من الصحيح) من جميع المال (لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل) فلا يكون كالمريض (وعند محمد تصح من الثلث كما تصح من المريض لان من انتحل نحلة لاسيما) اذا كان بها (معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه) فكان بذلك على شرف الهلاك كالمريض مرض الموت الا أن أبا يوسف يقول بيده دفع القتل عنه والموت على ذلك بتجديد الاسلام بخلاف المريض (ولابي حنيفة رحمه الله أنه حربي مقهور تحت أيدينا على ماقررناه في توقف الملك) أي عوده لما حررناه من أن المراد أنه يزول ملكه بردته ثم يعود بعوده الى الاسلام من انه حربي مقهور نفسه وماله تحت أيدينا (وتوقف التصرفات بناء عليه) فان التصرفات الشرعية المذكورة توجب أملاكا للمن قامت به وزوال أملاك مثلا البيع يوجب أن يملك المبيع وان يخرج من ملكه الثمن والاجارة كذلك والفرض أن ليس مع الردة ملك فامتنع افادة هذه التصرفات أحكامها في الحال فان أسلم أفادته حين وقعت وهذا معنى التوقف (فصار) المرتد (كالحربي يدخل دارنا بلا أمان فيؤخذ) أي يؤسر (فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله) حيث كان للامام الخيار بين استرقاقه وقتله فان قتل أو أسر لم تنفذ منه هذه وأسلم لم يؤخذ له مال (فكذا المرتد) وقوله (واستحقاق الخ) جواب عما يقال المرتد يجب أن يكون كالمقضي عليه بالقصاص والرجم لانه مقهور تحت أيدينا للقتل عينا خصوصا فانه لا يمكن له حالة غير القتل بخلاف المرتد فان غيرها محتمل في حقه لاحتمال اسلامه ومع ذلك لا يزول ملك واحد منهما عن ماله وتصرفاتهما نافذة فأجاب بالفرق (بأن استحقاق القتل في الفصلين) أي الحربي والمرتد (لبطلان العصمة) بانتفاء سببها وهو الاسلام (فأوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني والقاتل عمدا لان استحقاق القتل بذلك السبب جزاء على الجناية) مع بقاء سبب العصمة وهو الاسلام فيبقى مالكا حقيقة لبقاء عصمة ماله لقيام سببها ولهذا لو قتل القاتل غير ولي القصاص قتل به وانما يقتل كل منهما بما هو من حقوق تلك العصمة (بخلاف المرتدة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل) قال أبو اليسر ماقالاه أحسن لان المرتد لا يقبل الرق والقهر يكون حقيقيا لا حكميا والملك يبطل بالقهر الحكمي لا الحقيقي ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقضي عليه بالرجم وحاصل مراده أن المنافي للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند أبي حنيفة بل نقول انما أوجب الاسترقاق ذلك في الاصل القهر الكائن بسبب حرابته وهو موجود في المرتد فيثبت فيه ذلك بطريق أولى لان الرق بتصور ومعه ملك النكاح بخلاف قهر المرتد (قوله وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه) نقدا أو عرضا (أخذه لان الوارث انما يخلفه فيه

بين القتل والاسلام ثم هنالك ان استرق أو قتل بطل وان ترك نفذ فكذلك ههنا واعترض عليه بان الحربي الذي دخل دارنا بغير أمان يكون فيأ فكيف تتوقف تصرفاته والاعتراف بجواز المن يسقط الاعتراض وقوله (واستحقاقه القتل) جواب عن قولهما ولا خفاء في الاهلية وتقريره لا نسلم وجود الاهلية لان الصحة تقتضي أهلية كاملة وليست بموجودة في المرتد كما أنها ليست بموجودة في الحربي لان كل واحد منهما يستحق القتل لبطلان سبب العصمة وهو كونه آدميا مسلما وذلك يوجب الخلل في الاهلية وقوله (في الفصلين) يريد به فصل الحربي وفصل المرتد فان قيل لو كان استحقاق القتل موجبا لخلل في الاهلية مؤثرا في توقف التصرفات لكان تصرفات الزاني المحصن الذي يستحق الرجم وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل أجاب بقوله (لان الاستحقاق في ذلك) يعني أن الاستحقاق الموجب للخلل هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة والزاني والقاتل ليسا كذلك لان الاستحقاق فيهما (جزاء على الجناية) وقوله (وبخلاف المرأة) جواب عن قولهما وصار كالمرتدة قال (فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه) أي اذا عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام (مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه) لان الوارث انما يخلفه فيه

لاستغنائه عنه) حيث دخل دار الحرب (٣٩٨) (واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه) أي على الوارث قال شمس الائمة الحلواني

لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه و بخلاف أمهات أولاده ومدبريه لان القضا قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلما لما ذكرنا (واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر منذ ارتد فادعاه فهي أم ولده والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة أو لحق بدار الحرب) أما صحة الاستيلاد فلما قلنا وأما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد

لاستغنائه) عنه بالموت المحكوم به (واذا عاد مسلما) فقد أحياه الله تعالى حياة جديدة ولذا قلنا في المرتدة المتزوجة اذا لحقت وعادت مسلمة عن قريب تتزوج من ساعتها لانها فارغة من النكاح والعدة كأنها حييت الآن قال تعالى أومن كان ميتا فأحييناه فاذا حيي (احتاج اليه فيقدم على الوارث) وعلى هذا لو أحيا الله سبحانه وتعالى ميتا حقيقة وأعاده الى دار الدنيا كان له أخذ ما في يد ورثته (بخلاف ما أزاله الوارث عن ملكه) سواء كان بسبب يقبل الفسخ كبيع أو هبة أو لا يقبله كعتق وتدبير واستيلاد فانه يمضي ولا عود له فيه ولا يضمنه (و بخلاف أمهات أولاده ومدبريه) لا يعودون في الرق (لان القضاء بعتقهم (قد صح بدليل مصحح) له وهو اللحاق مرتدا لانه كالموت الحقيقي فنفذ والعتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان وولاؤهم لولاهم أعني المرتد الذي عاد مسلما هذا اذا جاء مسلما بعد الحكم باللحاق فلو جاء مسلما قبل الحكم باللحاق (فكأنه لم يزل مسلما) كأنه لم يرتد قط (لما ذكرنا) من انه لا يستقر لحاقه الا بالقضاء وما لم يستقر لا يورث فتكون أمهات أولاده ومدبروه على حالهم أرقاء وما كان عليه من الديون المؤجلة لا تحل بل تكون الى أجلها لعدم تقرر الموت وصار كالعبد اذا أبق بعد البيع قبل القبض ثم عاد ان كان بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء بالفسخ وان عاد قبله جعل الاباق كأن لم يكن (قوله واذا وطئ المرتد جارية نصرانية) أو يهودية (كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لستة أشهر أو أكثر) ولو الى عشر سنين (منذ ارتد فادعاه فهي أم ولده والولد حر وهو ابنه) وثبت لامه حق أمية الولد (ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات) المرتد (على ردته أو لحق بدار الحرب أما صحة الاستيلاد من المرتد فلما قلنا) انه لا يفتقر الى حقيقة الملك حتى صح استيلاد الاب جارية الابن والعبد المأذون جارية من تجارته ذكره أبو الليث في شرح الجامع الصغير (وأما انه لا يرثه فلان الام اذا كانت) يهودية أو (نصرانية يجعل الولد تبعا للمرتد لا لامه) لقرب المرتد الى الاسلام المجبر عليه والظاهر أنه لا يؤثر القتل على العود (فصار الولد في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد) ولا غيره (وأما اذا كانت) الامة (مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد) ولا يقال لم يجعل تبعا للدار فيما اذا كانت الام نصرانية لانه انما يجعل تبعا للدار اذا لم يكن معه أحد أبويه بأن يسبى وليس معه أحدهما أو يلتقط في دار الاسلام ولا يظن أن هذا ينتقض بما اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردتهما فانه يبقى مسلما مع وجودهما لان الحكم باسلامه في هذه الصورة ليس لتبعية الدار بل لانه كان حين ولد مسلما فيبقى على ما كان عليه بخلاف مسئلة الكتاب لانه لم يسبق للولد حكم الاسلام اذ لم يوجد في زمن اسلامهما وتقييد المسئلة بما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا احترازا عما اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فانه يرثه اذا مات أو لحق أو قتل على ردته وذلك للتيقن بحصول العلوق في حالة اسلام أبيه المرتد فكان الولد مسلما والمسلم يرث المرتد وفي الفوائد الظهيرية ما ذكر في الكتاب أن الارث يستند الى حالة الاسلام فيكون توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حالة الردة يضعف بهذه المسئلة لان الولد يعني ولد الامة المسلمة هنالك لم يكن موجودا حال

رحمه الله في هذا ولو كان هذا بعد موته حقيقة بان أحياه الله تعالى وأعاده الى الدنيا كان الحكم فيه هكذا الا أنه خلاف العادة (بخلاف ما اذا أزاله الوارث عن ملكه) فانه لا سبيل له لانه أزاله في وقت كان فيه بسبيل من الازالة فنفذت (وبخلاف أمهات الاولاد والمدبرين) فانه لا سبيل له عليهم (لان القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح) وهو قضاء القاضي بلحاقه عن ولاية لانه لو كان في دار الاسلام كان له أن يميته حقيقة فاذا خرج عن ولايته كان له أن يميته حكما فاذا كان قضاؤه عن ولاية نفذ والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض (ولو جاء مسلما قبل قضاء القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلما) فأمهات أولاده ومدبروه على حالهم لا يعتقون بقضاء القاضي وما كان عليه من الديون فهو الى أجله كما كانت (لما ذكرنا) يعني من قوله الا أنه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي وقوله (واذا وطئ المرتد جارية نصرانية) ظاهر وقوله (فلما قلنا) اشارة الى قوله لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك ثم حكم تمام ستة أشهر حكم الاكثر منها وانما قيد بقوله لاكثر من ستة أشهر احترازا عما اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فان الولد يرث أباه المرتد وان كانت أمه نصرانية لانا تيقنا حينئذ بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا لابيه وأما اذا جاءت به لستة أشهر من وقت الردة لم يتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلما باسلام الاب قبل الردة

الاسلام

(واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء) أى المال فيء دون نفسه ويجوز أن يكون المال فيأ دون نفسه كمشركى العرب (وان لحق ثم رجع) يعنى وان لحق وحكم القاضى بلحاقه ثم رجع (وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم) والفرق بين المسئلتين ان الاول مال لم يجر فيه الارث فهو مال (٣٩٩) الحربى واذا ظهر على مال الحربى فهو فيء لا محالة (والثانى انتقل الى ورثته بقضاء القاضى بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما) والمالك القديم اذا وجد ماله فى الغنيمة قبل القسمة أخذه مجانا فان لم يكن القاضى حكم بلحاقه والمسئلة بحالها ففى ظاهر الرواية رد على الورثة أيضا لانه متى لحق بدار الحرب فالظاهر انه لا يعود فكان ميتا ظاهرا وفى بعض روايات السير يكون فيأ لاحق للورثة فيه لان الحق لا يثبت لهم الا بالقضاء (واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذى أسلم) أما جواز الكتابة (فلانه لا وجه الى بطلانها لنفوذها بدليل منفذ) وهو قضاء القاضى باللحاق ثم بعد ذلك إما ان يبقى المكاتب على ملك الابن أو ينتقل الى الاب لا سبيل الى الاول لان الكتابة لا تحتمل ملك الرقبة وقد ذكرنا ان المرتد اذا عاد مسلما أخذ ماوجده بعينه فى يد وارثه ولا الى الثانى لان المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجعلنا الوارث الذى هو خلفه كالوكيل من جهته لان فى الوكالة خلافة احتيالا لابقاء حكم الحاكم فى صحة الكتابة فكأنه وكله فى كتابة عبده (وحقوق العقد فيه) أى فى عقد الكتابة (ترجع الى الموكل) وأما أن الولاء للمرتد الذى أسلم فلأن الولاء لمن أعتق والعتق انما يحصل منه بعد أداء بدل الكتابة بخلاف ما اذا رجع مسلما بعد أداء بدل الكتابة لان الملك الذى كان له لم يبق قائما حينئذ قال (واذا قتل المرتد رجلا) كلامه واضح

(واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان لحق ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم) لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثانى انتقل الى الورثة بقضاء القاضى بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما (واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذى أسلم) لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذى هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه (واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب

الاسلام ومع هذا ارث فعلم أن الصحيح مارواه محمد عن أبى حنيفة أن من كان وارثا عند موته سواء كان موجودا وقت الردة أو حدث بعدها انتهى وقد قدمنا أنه أصح من قول شمس الائمة وعلى هذا فيكون تخصيصا لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرث المسلم الكافر بالكافر الاصلى الا أنه محتاج الى دليل التخصيص ويمكن كونه دلالة الاجماع على ارث المسلمين ماله اذا لم يكن له وارث لان ذلك لاسلامهم على ماقدمناه فارجع اليه وهذا كله بناء على كونه اذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر يحكم بأن العلوق بعد الردة والوجه انه متى جاءت به أمته النصرانية لمدة يتصور العلوق فيها فى حالة الاسلام يجب أن يعتبر العلوق فيها وهذا يمكن اذا جاءت به لاقل من سنتين بلحظة لانه أحوط للحكم بالاسلام لانه على هذا الاعتبار يعلق مسلما ويرثه وان كان خلاف المذهب كالذى جاءت به لاقل من ستة أشهر الا أن على هذا الوجه جاءت به لتمام سنتين فصاعدا لا يرث (قوله واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر) المسلمون (على ذلك المال فهو فيء) باجماع الائمة الاربعة وانما يخالف الائمة الثلاثة فيما كان فى دار الاسلام من الباقى من ماله على ماتقدم أنه عندهم محفوظ له الى أن يظهر موته فيصير فيأ ولا يشكل كون ماله فيأ دون نفسه فان مشركى العرب كذلك (وان لحق ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال) فحكم الورثة فيه حكم مالك مال استولى عليه الكفار ثم ظهر عليه فوجده مالكه وهو أنهم (ان وجدوه قبل القسمة رد عليهم) وان وجدوه بعدها أخذوه بقيمته ان شاؤا ولو كان مثليا فقد تقدم انه لا يؤخذ لعدم الفائدة ثم جواب هذا الكتاب أعنى الجامع الصغير وهو ظاهر الرواية لا يفصل بين ان يكون عوده وأخذه المال بعد القضاء بلحاقه أو قبله اما اذا كان بعد القضاء باللحاق فظاهر لانه تقرر الملك للورثة ثم استولى عليه الكافر وأحرزه بدار الحرب وأما اذا عاد قبله كان عوده وأخذه ولحاقه ثانيا يرجح جانب عدم العود ويؤكده فيتقرر موته وما احتيج الى القضاء باللحاق لصيرورته ميراثا الا ليترجح عدم عوده فيتقرر اقامته ثمة فيتقرر موته فكان رجوعه وأخذه ثم عوده ثانيا بمنزلة القضاء وفى بعض روايات السير جعله فيأ لان بمجرد اللحاق لا يصير المال ملكا للورثة والوجه ظاهر الرواية (قوله واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة) خلافا للائمة الثلاثة (والولاء والمكاتبة) أى بدل الكتابة (للمرتد الذى أسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ) وهو القضاء بالعدله ولا الى نقل الملك الى الاب لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك فجعل كأن الابن وكيل عنه فانه لما لحق بدار الحرب كان كأنه سلط ابنه على التصرف فى ماله (وحقوق العقد ترجع الى الموكل فى الوكالة) بالكتابة (والولاء لمن يقع العتق عنه) فلذا كان الولاء للمرتد الذى عاد مسلما بخلاف ما اذا كان أدى بدل الكتابة الى الابن فان الولاء حينئذ يكون للابن (قوله واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب

أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الاسلام خاصة عند أبي حنيفة وقالا الدية فيما اكتسبه في حالة الاسلام والردة جميعا) لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجرى الارث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في الاسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيأ عنده (واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة) أما الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذا بالردة وأما الثاني وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضى بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى فاذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى قال (فان لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة)

أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال اسلامه خاصة عند أبي حنيفة وقالا في مال اكتسبه في الردة والاسلام) أما أن الدية في ماله (فلان العواقل لا تعقل المرتد) لان تحملهم العقل باعتبار نصرتهم اياه التي بها يقوى على الجرأة ولا نصرة منهم للمرتد وأما أنها عنده في كسب الاسلام فقط فلانه لا يملك غيره عنده وعندهما يملك الكل فيكون ما لزمه من الكل وعلى هذا اذا غصب مالا فافسده يجب ضمانه في مال الاسلام وعندهما في الكل وعلى هذا ولم يكن له كسب الاسلام واكتسب في الردة تهدر الجناية عند أبي حنيفة خلافا لهما (وقوله وماله المكتسب) ماله مبتدا والمكتسب خبره والاولى في مثله الاتيان بضمير الفصل لرفع توهم الصفة الا أنه تركه للاهتداء اليه لفساد المعنى على الصفة وجناية العبد والأمة والمكاتب المرتدين كجنايتهم في غير الردة لان الملك فيهم قائم بعد الردة والمكاتب يملك أكسابه في الردة فيكون موجب جنايته في كسبه والجناية على المماليك المرتدين هدر (قوله واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك القطع أو لحق ثم جا مسلما ومات منه فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة) فيهما (أما الأول) وهو وجوب نصف الدية فيما اذا مات فلأن القطع وان وقع على محل معصوم لكن السراية التي بها صار القطع قتلا حلت المحل بعد زوال عصمته فاهدرت اذ لولم تهدر وجب القصاص في النفس للعمد وأيضا صار اعتراض زوال العصمة شبهة في سقوط القصاص في اليد واذا أهدرت السراية وجب دية اليد لان هذا القدر وقع زمن العصمة وأقل ما فيه دية اليد (بخلاف ما لو قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك) القطع فانه لا يجب الضمان أصلا لان القطع وقع في وقت لا قيمة لها فيه وهو وقت الردة فكانت هدرا (والهدر لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فقد يلحقه الاهدار بالابراء فكذا بالردة) وأما الثاني وهو وجوب نصف الدية اذا لحق ثم عاد مسلما فمات من القطع قال المصنف (ومعناه اذا قضى بلحاقه فانه صار ميتا تقديرا) بالقضاء باللحاق (والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى) على أنها قتل لانه ما ثبت سراية بعد انقطاع حكم القطع فوجب الاقتصار على موجب القطع الواقع في حال العصمة من حيث هو قطع لا قصاص فيه وفي ذلك نصف دية النفس فوجب للورثة (وأما اذا لم يقض بلحاقه) حتى عاد مسلما فمات (فهو على الخلاف الذي نبينه) قال شمس الأئمة الصحيح انه على الخلاف وقال فخر الاسلام لا نص فيه ثم قال وهو على الاختلاف ويريد بقوله الذي نبينه ما يذكر من ان على قول محمد يجب نصف الدية وعلى قولهما دية النفس كاملة فيما تلي هذه وهي قوله وان لم يلحق أي المقطوع يده مسلما اذا ارتد ثم أسلم فمات من القطع من غير تخلل لحاق

(فعند

وقوله (لانعدام النصرة) يعني أن التعاقل انما يكون باعتبار التناصر وأحد لا ينصر المرتد فتكون الدية في ماله كسائر ديونه وماله هو المكتسب في حال الاسلام دون الردة عند أبي حنيفة رضي الله عنه (وعندهما الكسبان جميعا ماله) فقوله وعنده ماله المكتسب مبتدأ وخبر وكان المقام مقتضيا ضمير الفصل لفصله عن الصفة (قوله أما الاول) يعني ما اذا مات على ردته (قوله فأهدرت) يعني السراية لأنها لو لم تهدر لوجب القصاص في العمد والدية الكاملة في الخطا لان قطع اليد صار نفسا (بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك) فانه لا يضمن القاطع من ذلك شيأ وان كان معصوما وقت السراية (لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار) يعني اذا لم يقع معتبرا ابتداء لا ينقلب معتبرا بعد ذلك لان غير الموجب لا ينقلب موجبا (أما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذلك بالردة) (قوله فان لم يلحق وأسلم) يعني اذا قطع يد المسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ولم يلحق بدار الحرب ثم أسلم ثم مات فعليه الدية كاملة

(قوله في جميع ذلك) أي فيما اذا مات على ردته أولحق ثم جاء مسلما أولم يلحق وأسلم وقوله (لان اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان) دليله أن الردة معنى لومات عليه لم يجب بالسراية شيء فكذلك اذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أوتفاسخا البيع ثم مات العبد لم يجب الادية اليد كما لومات على البيع لان البيع معنى لومات عليه لم يجب بالسراية شيء لان الاقدام على البيع إبراء عن الجناية من حيث المعنى وصار كما اذا قطع يد مرتد فأسلم سواء مات من القطع أولم يمت حيث لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الاصل المار أن المهدر لا يلحقه الاعتبار (ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم) لان الفرض انه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم لان الفرض أنه لم يلحق وأسلم فيجب ضمان النصف والباقي ظاهر وقوله (وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين) يعني اذا قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق أما لو عدم الملك عند اليمين أو عند الحنث لم يعتق وفرق بين الردة والبيع بأن الردة ليست بابراء ولا مستلزمة له لانها وضعت لتبديل الدين وتصح من غير ابراء الا أنه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف بيع العبد المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل أيضا فصار كالابراء وذكر فخر الاسلام رحمه الله في شرح الجامع الصغير أن قول محمد وزفر رحمهما الله قياس وقول أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما استحسان ولم يذكر في الكتاب ما اذا كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوع يده بالسراية مسلما وحكمه أنه ان كان عمدا فلا شيء له لان الواجب في العمد القود وقد فات محله حين قتل على ردته أومات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية كان مسلما وجناية المسلم اذا كانت خطأ على عاقلته وتبين بالسراية أن جنايته كانت قتلا فلهذا كانت على عاقلته دية النفس وان كانت الجناية منه في حال ردته كانت الدية في الخطاء في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جنايته أحد

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فأسلم ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة وهذا لانه لامعتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين

(فعند أبي حنيفة وأبي يوسف على القاطع دية كاملة) استحسانا (وعند محمد وزفر في جميع ذلك) يعني الصور الاربعة وهي ما اذا قطعت يده مسلما فارتد ومات على ردته أوارتد ثم أسلم بلا لحاق أو ارتد ولحق بعد القضاء أو قبله ثم عاد فأسلم (نصف الدية) قياسا ووجهه (ان اعتراض الردة أهدر السراية) حتى لو قتله قاتل لاشيء عليه فاذا أسلم بعد ذلك (لا ينقلب الاسلام الى الضمان) من غير سبب جديد وصار كما لو قطعت يد مرتد أوحربي فأسلم لا يجب على الفاعل شيء (ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم) لانه مسلم (وتمت فيه) لانه مسلم في الحالين (فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة) وهذا لان تخللها كائن في حال البقاء فقط وانما يوجب سقوط العصمة في حال البقاء وبه تثبت الشبهة المسقطة للقصاص في النفس فيبقى ضمانها بالدية لان سقوط العصمة في حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية الالو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء في ايجابها والواقع أنه لامعتبر ببقائها في ذلك وانما المعتبر قيامها في حال ابتداء الجناية لانعقاده سببا وفي حال الموت ليثبت الحكم وهو الضمان (وحالة البقاء بمعزل) اذ ليست حال انعقاد سبب الضمان ولا حال

(قوله وأجيب بأن المراد بالملة ما يتدينون به نكاحا الخ) أقول قوله نكاحا حال ثم أقول فيه تأمل فانه اذا أريد بالملة ذلك ينبغي ان تحل ذبائح المجوس والمشركين وليس كذلك قال في النهاية فالحاصل ان حل الذبيحة يقتضي ملة تتلقى من الكتاب وصحة النكاح تقتضي ملة لوماتت عليها يرثها من كان عليها بذلك النكاح انتهى فانظر ألا يلزم حينئذ الجمع بين الحقيقة والمجاز أو بين معنى المشترك قال المصنف (والنفاذ الملك) أقول بالرفع عطف على الضمير في قوله يعتمد ولا يجوز النصب على المذهب المنصور ولئلا يلزم العطف على معمولي عاملين مختلفين وبهذا تبين ما في شرح الاتقاني من الخلل وأنت خبير بأنه حينئذ يكون معنى الكلام أن الصحة تعتمد النفاذ والملك الا أن يقال يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الاوائل وفيه بحث (قوله واعترض عليه بأن الحربي) أقول المعترض هو الاتقاني (قوله وصار كالمرتدة) أقول أنت خبير بأن قوله وصار كالمرتدة ليس قولهما بل هو قول أبي يوسف قال المصنف (فما وجده في يد الخ) أقول قال في الكافي ولكن انما يعود الى ملكه بقضاء أو رضا قال المصنف (والمسلم يرث المرتد) أقول وهذا يستقيم على رواية محمد من اشتراط كونه وارثا عند الموت قال الامام العلامة الكاكي فعلم بهذا أن الصحيح ما رواه عن محمد عن أبي حنيفة (قوله لانها لولم تهدر الخ) أقول فيه نوع مصادرة (قوله لان قطع اليد صار نفسا) أقول الظاهر أن يقال صار قتلا (قوله سواء مات من القطع أو لم يمت الخ) أقول الاولى هو الاكتفاء بقوله اذا مات من القطع وبيان حكمه فان تعميمه يوهم أن لا يجب عند محمد وزفر نصف الدية أيضا بناء على ما ذكره فتأمل

وقوله (وأما عندأبى حنيفة) أبوحنيفة رحمة الله محتاج الى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكاله اذا كان حرا وجعله ملكاله اذا كان مكاتبا وجه الفرق ماذكره ان المكاتب علك أكسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة لانه لا يتوقف بحقيقة الموت فكذا باللحاق الذى هو شبه الموت واذا لم يتوقف العقد لم تتوقف الأكساب الحاصلة بسببه واستوضح ذلك بقوله (الاترى أنه) أى المكاتب (لايتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى) يعنى الردة (بالطريق الاولى) وانما كان الرق أقوى من الردة فى المانعية عن التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع كالاستيلاد والطلاق وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما وأما العبد فممنوع عن التصرفات كلها ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع كونه رقيقا لم يتوقف تصرفه أيضا مع أنه مرتد أولى قال

صاحب النهاية رحمه الله قلت لشيخى رحمه الله فى هذا لا يلزم من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف عدم

منع الردة عنه لانه اذا لم يمنعه كل واحد منهما على الانفراد جاز أن يمنعا عند الاجتماع لان للاجتماع تأثيرا كما فى الشاهدين ثم اجتمع ههنا للمكاتب ثلاثة أوصاف كونه مكاتبا ورقيقا ومرتدا فجاز أن يكون ممنوعا عند اجتماع هذه الاوصاف قال رحمه الله أما الكتابة فهى مطلقة للتصرف لامانعة وأما الرق والردة فكل واحد منهما علة فى المنع عن التصرف بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة كما اذا أقام أحد المدعين أربعة من الشهود بل الرجحان انما يثبت بوصف فى العلة لا بالعلة نفسها الى هذا لفظه وأرى أن الجواب بحسب النظر غير مطابق للسؤال لانه ما أبرز السؤال من حيث ان احدى علتى المنع تعارض علة الاطلاق وتترجح بالاخرى بل أبرز من

(واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فأخذ بماله وأبى أن يسلم فقتل فانه يوفى مولاه مكاتبته وما بقى فلورثته) وهذا ظاهر على أصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا وأما عند أبى حنيفة فلأن المكاتب انما يملك أكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا أكسابه الاترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بالطريق الاولى

ثبوت حكمه (فصار كقيام الملك فى حال بقاء اليمين) لا عبرة به بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط حتى اذا قال لزوجته ان دخلت فأنت طالق ثم أبانها ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا العبد ان فعلت فأنت حر فباعه ثم اشتراه ففعل عتق وكذا وجود النصاب فى ايجاب الزكاة المعتبر وجوده أول الحول لينعقد السبب وفى آخره ليثبت حكمه هذا اذا كان المقطوع يده هو الذى ارتد فلو كان القاطع هو الذى ارتد ففى المبسوط فان قتل ومات المقطوع يده من القطع مسلما فان كان عمدا فلا شئ له لان الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على ردته أومات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند ايجابه كان مسلما وجناية المسلم خطأ على عاقلته وتبين بالسراية أن جنايته كانت قتلا فكانت على عاقلته ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية فى الخطأ فى ماله لما بينا أن المرتد لا يعقل جنايته أحد (قوله واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا) فى أيام ردته بنوع بكتابته (فأخذ بماله) أى أسر (وأبى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه مكاتبته وما بقى فلورثته وهذا ظاهر على أصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا) اذ الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة أولى واذا كان ملكه قضيت منه مكاتبته (وأما عند أبى حنيفة رحمه الله) فيشكل لانه لا يملكه كسب الردة اذا كان حرا وملكه اياه مكاتبا ووجهه (ان المكاتب انما ملك أكسابه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة) ولا تبطل بالموت فيستمر موجبها مع الردة فيتحقق ملكه فى اكسابه ولا يتوقف فيقضى منها ويورث الباقى وقوله (الاترى الى آخره) توجيه لعدم توقف تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع الى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لان الحكم ببقاء العقد يوجب الحكم بثبوت أحكامه فالاستدلال على ثبوت حكمه استدلال على ثبوته وكان يكفيه فيه كون الكتابة لا تبطل بالموت الحقيقى فأولى ان لا تبطل بالموت الحكمى وهو الردة فان منع عدم بطلانها بالموت الحقيقى اكتفى بالاستدلال على مسئلة الكتاب اذا مات عن وفاء واستدلال المصنف وجه آخر وحاصله بدلالة حال الرق فانه لا يتوقف تصرف المكاتب بسبب رقه مع أن الرق اقوى

حيث انهما عند الاجتماع لم لا يجوز أن يكونا مانعا عن التصرف بناء على أن الهيئة الاجتماعية لها من الخواص ما ليس لكل على الانفراد ولعل الهيئة الاجتماعية انما يكون لها زيادة تأثير اذا أمكن أن يحصل من تركيبها أمر خارجى أو اعتبار حقيقى لا فرضى ولا يمكن ذلك من الرق والردة

(قوله كالاستيلاد والطلاق) أقول الاولى أن لا يذكر الطلاق فانه صحيح من العبد أيضا كما مر (قوله عدم منع الردة عنه الخ) أقول أى ردة المكاتب وأنت خبير بأن آخر كلامه لا يلائم أوله لدلالة آخره بكون المانع مجموعى الرق والارتداد لا الارتداد فقط والامر سهل (قوله وأرى أن الجواب بحسب النظر الخ) أقول لعل مراد المجيب أن الرق لو كان فى درجة الكتابة فى القوة معارضا لها لم يترجح عليها بانضمام الردة التى هى من جنسه ومثله فى المنع عن التصرف فلأن لا يترجح عليها بزيادتها وهو ليس فى مرتبتها فى القوة أولى بالطريق فتأمل (قوله تعارض علة الاطلاق) أقول الذى هو الكتابة (قوله ولعل الهيئة الاجتماعية الخ) أقول فيه منع ظاهر

قال (واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله) قيل قوله فحبلت المرأة فى دار الحرب تقييده بدار الحرب اتفاقى فانها ان حبلت فى دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالجواب كذلك ولعله ذكره لفائدة وهى أن العلوق اذا كان فى دار الحرب كان أبعد عن الاسلام واذا كان فى دار الاسلام كان أقرب اليه باعتبار الدار لكون الدار جهة فى الاستتباع فالجبر هنالك يكون جبرا ههنا بالطريق الاولى وكلامه ظاهر وقوله (ولا يجبر ولد الولد) وهو ظاهر الرواية ووجهه أنه لو كان مسلما تبعا للجد كان تبعا الجد جده فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه الصلاة والسلام ولو كان تبعا لأبيه وهو تبع لكان التبع مستتبعا لغيره (وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما انه يجبر تبعا للجد) لان التبعية فى حق الاب للتفرع والتفرع ثابت فى حق الجد ولهذا كان بمنزلة الاب فى النكاح وبيع مال الصغير وقوله (كلها على الروايتين) يعنى فى ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الاب فى تلك المسائل وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة جعل الجد فيها بمنزلة الاب أما صيرورة الولد مسلما باسلام جده فهى ما ذكرنا وأما صورة صدقة الفطر فهى أن الاب اذا كان فقيرا أو عبدا والجد موسر هل تجب فطرة الحافد عليه أولا وأما صورة جر الولاء فلأنه اذا أعتق الجد والحافد حر والاب رقيق هل يكون ولاء الحافد لموالى الجد أولا يكون وصورة الوصية للقرابة اذا أوصى رجل لذى قرابته لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل الجد أولا على الروايتين وذكرنا هذه المسائل فى شرح الفرائض السراجية وشرح رسالتنا

(واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة فى دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فىء) لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يجبر تبعا للجد وأصله التبعية فى الاسلام وهى رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والاخرى الوصية للقرابة

أقوى من الردة فى نفى صحة التصرف حتى لا يصح استيلاده فأولى ان لا يتوقف بسبب ردته والحاصل ان عقد الكتابة منع مقتضى الردة كما منع مقتضى الرق فصار المكاتب فى دار الحرب ككونه فى دار الاسلام وأورد عليه بان كون أحدهما لا يمنع مع عقد الكتابة لا يستلزم أن لا يمنع اذا اجتمعا وقد اجتمع فى المرتد المكاتب الرق والردة فجاز أن ينتفى التصرف أجيب مرة بأن جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على العدم الا بدليل ومرة بأن الكتابة مطلق للتصرف وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده وقد ثبت شرعا ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى أحدهما وانضمام أحدهما الى الآخر انضمام علة الى أخرى فيما يعلل بعلتين مستقلتين ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة لما عرف بل الترجيح بوصف فى العلة (قوله واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة فى دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فىء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ثم يجبر الولد على الاسلام) قال الولوالجى ولا يقتل كولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر عليه ولا يقتل (ولا يجبر ولد الولد) أما جبر الولد فلأنه يتبع أبويه أو أحدهما فى الدين فيكون مسلما باسلامهما ومرتدا بردتهما فلما كان مرتدا بردتهما أجبر كما يجبران وانما لم يجبر ولد الولد لأنه لا يتبع جده بل أباه لقوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه الحديث أى يستتبعانه فى ذلك وانما لم يجعل تبعا لابيه فى الردة فيجبر مثله لان ردة أبيه كانت تبعا والتبع لا يستتبع خصوصا وأصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لأنه لم يرتد حقيقة ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل بخلاف أبيه واذا لم يتبع الجد فيسترق أو توضع عليه الجزية أو يقتل لأن حكمه حينئذ حكم سائر أهل الحرب اذا أسروا وأما الجد فيقتل لا محالة لانه المرتد بالاصالة أو يسلم (وروى الحسن عن أبى حنيفة أن ولد الولد يجبر على الاسلام تبعا لجده) فيجعل مرتدا تبعا له قال المصنف (وأصله التبعية فى الاسلام) يعنى أصل الجبر على الاسلام تبعا للجد هو ثبوت الاسلام تبعا للجد (وهى رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين) رواية ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعا للجد ورواية الحسن يكون تبعا احداها هذه (والثانية صدقة الفطر) للولد الصغير اذا كان جده موسرا ولا أب له أو له أب معسر أو عبد لا تجب على الجد فى ظاهر الرواية وفى رواية الحسن تجب عليه (والثالثة جر الولاء) صورتها معتقة تزوجت بعبد وله أب عبد فولدت منه فالولد حر تبعا لأمه وولاؤه لمولى أمه فاذا اعتق جده لا يجر ولاء حافده الى مواليه عن موالى أمه فى ظاهر الرواية وفى رواية الحسن يجره كما لو أعتق أبوه (والرابعة الوصية للقرابة) لا يدخل الوالدان ويدخل الجد فى ظاهر الرواية وفى رواية الحسن لا يدخل كالأب

(قوله قيل قوله الخ) أقول القائل هو الاتقانى (قوله ولعله ذكره الخ) أقول قوله ولعله ذكره الخ مأخوذ من الكافى مع تغيير يسير بعبارته فراجعه ان شئت (قوله هل تجب فطرة الحافد عليه) أقول يعنى اذا لم يكن له مال (قوله فلأنه اذا أعتق الجد والحافد حر الخ) أقول بأن كانت أمه معتقة تزوجت عبدا فولدته فان ولاءه لموالى الام (قوله هل يكون ولاء الحافد لموالى الجد) أقول يعنى اذا أعتق

وقوله (وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد) يعني يجري عليه أحكامه فيبطل نكاحه ويحرم عن الميراث ويجبر على الاسلام ولا يقتل وان أدرك كافرا ويحبس وتوجيه تحرير المذاهب في الكتاب ظاهر وقوله (لهما) أي لزفر والشافعي رحمهما الله (انه) أي الصبي الذي يعقل (تبع لابويه فيه) أي في الاسلام (فلا يجعل أصلا) يعني يصح اسلامه بطريق التبعية للابوين فلا يصح بطريق الاصالة اذ التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة وبين القدرة والعجز تناف وأحد المتنافيين وهو الاسلام بطريق التبعية

موجود بالاجماع فينتفي الآخر ضرورة وقوله (ولانه يلزمه) دليل آخر وهو واضح (قوله وافتخاره بذلك مشهور) يشير الى ما قاله رضي الله عنه

* سبقتكموا الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت أوان حلمي

واختلفت الروايات في سنه حين أسلم رضي الله عنه وحين مات قال جعفر بن محمد أسلم وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم دعاه الى الاسلام في أول مبعثه ومدة البعث ثلاث وعشرون سنة والخلافة بعده ثلاثون انتهت بموت علي فاذا ضممت خمسا الى ثلاث وخمسين صار ثمانيا وخمسين وقال القتبي أسلم وهو ابن سبع ومات وهو ابن ستين

(قوله بطريق التبعية موجودا) أقول فيه بحث قال المصنف (ولنا فيه أن عليا رضي الله عنه أسلم صبيا وصحح النبي عليه الصلاة والسلام اسلامه) أقول قال العلامة النسفي

قال (وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث أبويه ان كانا كافرين وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام) وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام أنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلا ولانه يلزمه أحكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي عليه الصلاة والسلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور

وتقييد الحبل بدار الحرب ليس لاخراج الحبل في دار الاسلام عن حكم المسئلة أعني جبر الولد بل لافادة حكم الجبر فيما اذا حبلت في دار الاسلام وولدت في دار الحرب بطريق أولى لأنه اذا أجبر مع أنه علق في دار الحرب وللدار جهة استتباع تقتضي أنه أبعد عن الاسلام فلأن يجبر اذا علق في دار الاسلام على الاسلام أولى هذا اذا ولدتهما ولد بعد لحوقهما أما اذا ارتدا ولحقا ولهما ولد صغير ثم ظهر عليهم فالولد فيء لان الولد الصغير صار مرتدا تبعا للابوين وولد المرتد يصير فيئا بالسبي كذا ذكر ولو صح لزم أنهما لو لم يلحقا به يكون مرتدا وليس كذلك على ما تقدم من انه ثبت له حكم الاسلام فيبقى عليه الا عز بل والاحسن ما في المبسوط من انه خرج عن كونه مسلما باللحاق به فان ثبوت حكم الاسلام للصغير باعتبار تبعية الابوين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به فكان الولد فيئا يجبر على الاسلام اذا بلغ كما تجبر الام عليه فان كان الاب ذهب به وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيئا لانه بقي مسلما تبعا لأمه فان قيل كيف يتبعها بعد تباين الدارين قلنا تباين الدارين يمنع الاتباع في الاسلام ابتداء لا في ابقاء ما كان ثابتا ألا ترى أن الحربي لو أسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج الى دارنا بقي الولد مسلما حتى لو ظهر عليه لا يكون فيئا بخلاف ما لو أسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب ومرت هاتان المسئلتان وكذا ان كانت الام مسلمة والولد معه في دار الحرب لان بالموت يتأكد الاسلام ولا ينقطع (قوله وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد) أي يصح فلو مات له قريب مسلم بعد ردته لا يرث منه وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجع وقال ليس بارتداد (واسلامه اسلام) باتفاق الثلاثة (فلا يرث أبويه الكافرين) ويرث أقاربه المسلمين ولا يصح نكاح المشركة له وتحل له المؤمنة وتبطل ماليته الخمر والخنزير ونحو ذلك وعن ابن أبي مالك عن أبي يوسف أن أبا حنيفة رجع الى قول أبي يوسف (وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وردته ليست بارتداد لهما) أي لزفر والشافعي في عدم صحة اسلامه (أنه تبع لابويه فيه فلا يجعل أصلا) لتناف بين صفة الاصلية والتبعية لان الاولى سمة القدرة والثانية سمة العجز ثم اسلامه يصح تبعا لابويه فلا يجعل أصلا مستقلا به (ولانه يلزمه أحكاما تشوبها المضرة) من حرمان الارث والفرقة بينه وبين زوجته المشركة (فلا يؤهل له) كالطلاق والعتاق (ولنا فيه) أي اسلامه (أن عليا رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي صلى الله عليه وسلم اسلامه وافتخاره بذلك مشهور) أما افتخاره فما نقل من قوله رضي الله عنه

سبقتكموا الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت أوان حلمي

في الكافي والتعلق به مشكل اذ لم ينقل أنه عليه الصلاة والسلام صحح اسلامه في أحكام الدنيا من حرمان الميراث وأما ووقوع الفرقة فان قلت صحح في أحكام الآخرة فهذا مسلم ولا كلام فيه وانما الكلام في أحكام الدنيا فان قلت ذكره مطلقا فانصرف اليهما قلت هي حكاية حال فلا عموم له وأحكام الآخرة مرادة فلم يرد غيرها اه قال العلامة الكاكي أجيب بأنه عليه الصلاة والسلام صحح صلاته وصومه وغزوه حتى أعطى له السهم فعلم أنه عليه الصلاة والسلام صححه في أحكام الدنيا أيضا اه فتأمل فيه قال المصنف (وافتخاره بذلك مشهور الخ) أقول ويشهد لذلك قوله سبقتكموا الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت أوان حلمي

ولأنه أتى بحقيقة الاسلام وهي التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ماعرف والحقائق لاترد وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباوية وهي من أجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يبتني عليه غيرها فلا يبالي بشوبه

وأما ما عن الحسن انه أسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافقه أحد عليه سوى رواية عن أحمد لم تصح بل الصحيح عنه أنه أسلم وهو ابن ثمان سنين قال ابن الجوزي استقراء الحال يبطل رواية الخمس عشرة لانه اذا كان له يوم البعث ثمان سنين فقد عاش معه ثلاثا وعشرين سنة وبقي بعد النبي صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة فهذه مقاربة الستين وهو الصحيح في مقدار عمره ثم أسند عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قتل علي رضي الله عنه وهو ابن ثمان وخمسين سنة قال فتى قلنا انه كان يوم اسلامه ابن خمس عشرة سنة صار عمره ثمانيا وستين ولم يقله أحد وأخرج البخاري في تاريخه عن عروة قال أسلم علي وهو ابن ثمان سنين وأخرج الحاكم في المستدرك من طريق ابن اسحق انه أسلم وهو ابن عشر سنين وأخرج أيضا عن ابن عباس رضي الله عنهما دفع النبي صلى الله عليه وسلم الراية الى علي يوم بدر وهو ابن عشرين سنة وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا نص على انه أسلم وله أقل من عشر سنين بل نص على أنه أسلم وهو ابن سبع سنين أو ثمان سنين وما ذكر الثعالبي وغيره في اتفاق الاعمار من ان كلا من النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم عاش ثلاثا وستين سنة يقتضي أن عمره حين أسلم كان عشر سنين وهو ما تقدم من رواية الحاكم من طريق ابن اسحق قال صاحب التنقيح ولانه صلى الله عليه وسلم عرض الاسلام على ابن صياد وهو غلام لم يبلغ وقد يقال تصحيحه صلى الله عليه وسلم اسلامه ان أريد في أحكام الآخرة فمسلم وكلامنا في تصحيحه في أحكام الدنيا والآخرة حتى لايرث أقاربه الكفار ونحو ذلك ولم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم صححه في حق هذه الاحكام بل في العبادات فانه كان يصلي معه على ماهو ثابت ونحو ذلك نعم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم صححت اسلامه أمكن أن يصرف اليه باعتبار الجهتين لكن لم ينقل ذلك وقد أورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ما ذكرنا هو الوجه قيل ومن أقبح القبائح أن لايسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه والصلاة قيل والعجب من الشافعي كيف يصحح اختياره لأحد أبويه عند الفرقة مع ظهور أنه انما يختار من يطلق عنانه الى أهويته من اللعب وغيره ولا يصحح اختياره المقطوع بخيريته فان قال هو غير مكلف قلنا انما يلزم ذلك اذا قلنا بوجوبه عليه قبل البلوغ كما عن أبي منصور والمعتزلة وانه يقع مسقطا للواجب لكنا انما نختار أنه يصح لتترتب عليه الاحكام الدنيوية والاخروية ثم اذا بلغ لزمه فلو ارتد بعد البلوغ أجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل بخلاف المسلم بالغا وعند أحمد ومالك يقتل ان لم يعد الى الاسلام قال المصنف (ولانه أتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه) والتصديق الباطني يحكم به للاقرار الدال عليه على ما عرف من تعليق الاحكام المتعلقة بالباطن به واذا كان قد أتى به فقد دخلت حقيقة الايمان قائمة به في الوجود فكيف يصح أن يقال لم تدخل ولم يتصف مع الدخول والاتصاف فان قال الايمان الذي أنفيه منه هو المعتبر فما دخل في الوجود لا أنفيه ولكن أقول لا يعتبر شرعا قلنا دعوى عدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة إما لعدم أهلية الصحة وهو منتف لانه جعل أهلا للنبوة كما في يحيى عليه الصلاة والسلام وهي فرع الايمان والاتفاق على أهليته للصلاة والصوم حتى يصحان منه ويثاب عليهما وإما لعدم أهلية الوجوب فنلتزمه والكلام ليس فيه كما ذكرنا آنفا وإما الحاجز شرعي وهو منتف ولا يليق أن يثبت شرعا منع عن الايمان بالله سبحانه وتعالى مع عقليته ومعرفته نعم مقتضى الدليل أن يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد الى تصديق واقرار يسقط به ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والاقرار غير المنوي به

(قوله ولانه أتى بحقيقة الاسلام) دليل آخر وهو ظاهر (قوله وما يتعلق به سعادة أبدية) يجوز ان يكون معطوفا على التصديق أي هو التصديق الاصلي وهو ما يتعلق ويجوز أن يكون خبر مبتدأ محذوف ويجوز أن يكون مبتدأ وخبره قوله هو الحكم الاصلي على تقدير أن يكون بغير واو ويجوز أن يكون قوله وما يتعلق به مبتدأ أو قوله سعادة أبدية خبره وهو الاولى وهو جواب عن قوله ولانه يلزمه أحكاما تشوبها المضرة وعورض بأنه لو صح إسلامه بنفسه وقع فرضا لانه لانفل في الايمان ومن ضرورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يمكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه يتردد بين الفرض والنفل والجواب أنا لا نسلم أن من ضرورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا فان المسافر اذا حضر الجمعة وصلى وقع فرضا وليس بمخاطب به ومن صلى في أول الوقت وقع فرضا وهو ليس بمخاطب به عندنا في ذلك الوقت والجواب عن قولهما انه تبع لابويه فيه فلا يجعل أصلا أن احدى الجهتين مؤيدة بالاخرى فلا يكونان متنافيين وذلك كالجندي اذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنية مقصودة وتبعا السلطان أيضا

(قوله والجواب أنا لا نسلم الخ) أقول لا يلزم من كون الشيء فرضا أن يكون من أتى به مخاطبا

ولهم في الردة أنها مضرة محضة بخلاف الاسلام على أصل أبي يوسف لانه تعلق به أعلى المنافع على ما مر
ولأبي حنيفة ومحمد فيها انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام إلا أنه يجبر على الاسلام
لما فيه من النفع له ولا يقتل

اسقاط الفرض كما أنه لو كان يواظب الصلاة قبل بلوغه لا يكون كما كان يفعل بل لا يكفيه بعد بلوغه منها
الاما قرنه بنية أداء الواجب امتثالا لكنهم اتفقوا على أنه لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ أما عند فخر
الاسلام فلأنه يثبت أصل الوجوب به على الصبي بالسبب وهو حدوث العالم وعقلية دلالته دون وجوب
الاداء لانه بالخطاب وهو غير مخاطب فاذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكاة وأما عند شمس
الائمة فلا وجوب أصلا لعدم حكمه وهو وجوب الأداء فاذا وجد وجد وصار كالمسافر يصلي الجمعة يسقط
فرضه وليست الجمعة فرضا عليه لكن ذلك للترقية عليه بعد سببها فاذا فعل تم ولا نعلم خلافا بين المسلمين
في عدم وجوب نية فرض الايمان بعد بلوغ من حكم بصحة اسلامه صبيا تبعا لابويه المسلمين أو لاسلامه
وأبواه كافران ولو كان ذلك فرضا لم يفعله أهل الاجماع عن آخرهم وأما قوله يشوبها ضرر قلنا ما تعلق به
السعادة الابدية ويزول به توقع مضرة أبدية من رد اسلامه ليستمر على الكفر كل عاقل بعينه ولا يبالي معه
بذلك الضرر لانه لا نسبة له بالضرر الآخر وأما التنافي الذي ذكر فانما يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعا وأصلا
معا ولسنا نقول به بل هو تبع ما لم يعقل ويقر مختارا فاذا عقل وأقر مختارا نقول انقطعت تبعيته في حق
هذا الحكم وبقي أصلا وفي المبسوط منع المضادة وأجاز اجتماعهما كالمرأة تسافر مع الزوج تكون
مسافرة تبعا له حتى اذا لم تنو السفر تكون مسافرة ولو نوته كانت مسافرة مقصودا وتبعا فجعلهما أمرين
يتأيد أحدهما بالآخر قال المصنف (ولهم في الردة) يعني الشافعي وزفر وأبا يوسف (انها مضرة محضة
بخلاف الاسلام على أصل أبي يوسف لانه تعلق به أعلى المنافع) ودفع أعظم المضار (ولابي حنيفة ومحمد)
ما قلنا من (انها موجودة حقيقة) بوجود حقيقتها من الانكار والاقرار به (ولا مرد للحقيقة) فان قيل لا يلزم
من اعتبار الحقيقة وعدم ردها في الاسلام مثله في الردة لما في ذلك من النفع وفي الردة من الضرر ألا ترى
انه يصح منه قبول الهبة ولا يصح منه الهبة الجواب ان الحقيقة الداخلة منه في الوجود اذا كانت مما يقطع
فيه بالعلم أو الجهل فهي التي لا يمكن عدم اعتبارها كالايمان والردة فانه لا يمكن أن يجعل عارفا اذا علم
جهله بالكفر ولا جاهلا اذا علم علمه بالايمان فلا بد من اعتبارها بعد وجودها وصار كما اذا صام بنية يجعل
صائما شرعا فان أكل جعل مفطرا ولم يجعل صائما وكذا اذا صلى ثم أفسدها فأما اذا كانت مما لا يقطع
فيها بذلك بل هي دائرة بين علمه بالمصلحة وجهله بها فلا تصح منه لانا لم نتيقن بالمصلحة في نفس الامر وذلك
كالهبة فانه جاز فيه كونه علم المصلحة لما علمه من حسن الجزاء عليها بالضعف وجاز كونه جاهلا في ذلك
بأن لم تكن حالية لذلك فمنعناها بخلاف القبول فانا علمنا علمه بالمصلحة فلا نجعله جاهلا بها واذا ثبت أن
الحقائق بعد العلم بثبوتها لا ترد لزم ضررها بالضرورة ألا ترى أنا اتفقنا على جعله مرتدا اذا ارتد أبواه
ولحقا به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر (قوله الا أنه) أي الصبي المرتد (يجبر على الاسلام لما فيه
من النفع) المتيقن ودفع أعظم المضار (ولا يقتل) وهذه رابعة أربع مسائل لا يقتل فيها المرتد
احداها الذي كان اسلامه تبعا لابويه اذا بلغ مرتدا ففي القياس يقتل كقول مالك والشافعي وفي
الاستحسان لا يقتل لان اسلامه لما ثبت تبعا لغيره صار شبهة في اسقاط القتل عنه وان بلغ مرتدا الثانية
اذا أسلم في صغره ثم بلغ مرتدا ففي القياس يقتل وبه قال مالك وأحمد وفي الاستحسان لا يقتل لقيام الشبهة
بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر والثالثة اذا ارتد في صغره والرابعة المكره على الاسلام
اذا ارتد لا يقتل استحسانا لان الحكم باسلامه من حيث الظاهر لان قيام السيف على رأسه ظاهر في عدم
الاعتقاد فيصير شبهة في اسقاط القتل وفي كل ذلك يجبر على الاسلام ولو قتله قاتل قبل أن يسلم لا يلزمه

(قوله ولهم) أي لابي يوسف وزفر والشافعي رحمهم الله وقوله (ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فيها) أي في الردة (انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام) فان رد الردة تكون بالعفو عنها وذلك قبيح كما أن رد الاسلام انما تكون بالحجر عنه وهو كذلك واعترض بأن هذا اعتبار ما هو مضرة محضة بما هو منفعة محضة وذلك جمع بين الشيئين بالقياس وفرق الشارع بينهما ومثله فاسد في الوضع على ما عرف في الاصول والجواب أن هذا قياس منا بوجود شيء وتحققه بوجود شيء آخر وتحققه في عدم جواز الرد ولا نسلم ان الشارع فرق بينهما وقوله (إلا أنه يجبر على الاسلام) هذا جواب الاستحسان وفي القياس يقتل لردته بعد اسلامه

لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا فى الصبى الذى يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذى لا يعقل

شئ ذكر الكل فى المبسوط ولها خامسة وهو اللقيط فى دار الاسلام محكوم باسلامه ولو بلغ كافرا أجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين اذا بلغ كافرا وقال المصنف فى وجه عدم قتله (لانه) أى القتل (عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم) وبين أن الكلام كله فى الصبى الذى يعقل الاسلام وفى المبسوط زاد كونه بحيث يناظر ويفهم ويفحم واعترض جماعة من الشارحين قول المصنف مرحمة عليهم بأنه يعذب فى الآخرة مخلدا فليس بمرحوم ونقل ذلك عن الاسرار والمبسوط وجامع التمرتاشى رحمه الله وأحال التمرتاشى هذه الرواية الى التبصرة فالاولى فى التعليل ما فى المبسوط من انه لا يقتل لاختلاف العلماء فى صحة اسلامه ولفظه فى المبسوط فى هذه المسئلة فاذا حكم بصحة ردته بانت منه امرأته ولكنه لا يقتل استحسانا لأن القتل عقوبة وهو ليس من أهل أن يلتزم العقوبة فى الدنيا بمباشرة سببه كسائر العقوبات ولكن لو قتله انسان لم يغرم شيأ لان من ضرورة صحة ردته اهدار دمه دون استحقاق قتله كالمرأة اذا ارتدت لا تقتل ولو قتلها قاتل لم يلزمه شئ (ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان ارتداده لا يدل على تغير العقيدة) وكذا لا يصح اسلامه (قوله وكذا المجنون) لا يصح ارتداده بالاجماع ولا اسلامه (والسكران) الذى لا يعقل كالمجنون وهو قول مالك وأحمد فى رواية والشافعى فى قول وقال فى قول آخر يصح ارتداده كطلاقه قلنا الردة تبنى على تبدل الاعتقاد ونعلم أن السكران غير معتقد لما قال ووقوع طلاقه لانه لا يفتقر الى القصد ولذا لزم طلاق الناسى وتقدم فى كتاب الطلاق فيه زيادة أحكام فارجع اليه فى فصل ويقع طلاق كل زوج الى آخره ﴿فروع﴾ كل من أبغض رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدا فالساب بطريق أولى ثم يقتل حدا عندنا فلا تعمل توبته فى اسقاط القتل قالوا هذا مذهب أهل الكوفة ومالك ونقل عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه ولا فرق بين أن يجيء تائبا من نفسه أو شهد عليه بذلك بخلاف غيره من المكفرات فان الانكار فيها توبة فلا تعمل الشهادة معه حتى قالوا يقتل وان سب سكران ولا يعفى عنه ولا بد من تقييده بما اذا كان سكره بسبب محظور باشره مختارا بلا اكراه والا فهو كالمجنون وقال الخطابى ولا أعلم أحدا خالف فى وجوب قتله وأما مثله فى حقه تعالى فتعمل توبته فى اسقاط قتله ومن هزل بلفظ كفر ارتد وان لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد والالفاظ التى يكفر بها تعرف فى الفتاوى واذا تهود نصرانى أو عكسه لا نأمره بالرجعة الى ما كان عليه لانه لا يؤمر بالكفر والردة محبطة ثواب جميع الاعمال واذا عاد الى الاسلام ان عاد فى وقت صلاة صلاها فعليه أداؤها ثانيا وكذا يجب عليه الحج ثانيا ان كان حج واذا أعتق المرتد عبده ثم أعتقه ابنه ثم مات المرتد أو قتل لا ينفذ لان عتق المرتد موقوف فبموته يبطل واعتاق ابنه قبل ملكه لانه لا يملكه الا بعد الموت حقيقة أو حكما ولا يتوقف بخلاف ما لو أعتق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم سقط الدين فانه ينفذ والفرق فى المبسوط وعن عدم ملك الوارث وسببه قلنا اذا مات الابن وله معتق ثم مات الاب وهو مرتد ولو معتق فماله لمعتقه لا لمعتق الابن لانه مات قبل تمام سبب الملك وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ولا يعلم مخالف الا الحسن رحمه الله قال لا يقبل فى القتل الا أربعة قياسا على الزنا واذا شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له لا لتكذيب الشهود العدول بل لان انكاره توبة ورجوع وقتل المرتد مطلقا الى الامام عند عامة أهل العلم الا عند الشافعى فى وجه فى العبد الى سيده ومن أصاب حدا ثم ارتد ثم أسلم ان لم يلحق بدار الحرب أقيم عليه الحد وان لحق ثم عاد لا يقام عليه وعند الشافعى وأحمد يقام مطلقا والمبنى ظاهر وقدمنا انه

وقوله (لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم) قال فى النهاية فيه نظر لانه أسقط عقوبة القتل عن الصبى المرتد مرحمة لصباه والله تعالى أرحم الراحمين وهو لم يرحم عليه حتى عاقبه فى النار مخلدا كسائر الكفار وذلك منصوص عليه فى الاسرار والجامع الصغير للامام التمرتاشى ومشار اليه فى المبسوط ثم قال وأولى ما يعلل به فى عدم قتل الصبى المرتد ما ذكرناه من تعليل المبسوط وهو قوله وانما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء رحمهم الله فى صحة اسلامه فى الصغر والله تعالى أعلم

لا تقبل توبة الساحر والزنديق فى ظاهر المذهب وهو من لا يتدين بدين وأما من يبطن الكفر ويظهر الاسلام فهو المنافق ويجب ان يكون حكمه فى عدم قبولنا توبته كالزنديق لان ذلك فى الزنديق لعدم الاطمئنان الى ما يظهر من التوبة اذا كان يخفى كفره الذى هو عدم اعتقاده دينا والمنافق مثله فى الاخفاء وعلى هذا فطريق العلم بحاله إما بأن يعثر بعض الناس عليه أو يسره الى من أمن اليه والحق أن الذى يقتل ولا تقبل توبته هو المنافق فالزنديق ان كان حكمه كذلك فيجب أن يكون مبطنا كفره الذى هو عدم التدين بدين ويظهر تدينه بالاسلام أو غيره الى أن ظفرنا به وهو عربى والافلو فرضناه مظهرا لذلك حتى تاب يجب أن لا يقتل وتقبل توبته كسائر الكفار المظهرين لكفرهم اذا أظهروا التوبة وكذا من علم أنه ينكر فى الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر ويظهر اعتراف حرمته وقال أصحابنا للسحر حقيقة وتأثير فى ايلام الاجسام خلافا لمن منع ذلك وقال انما هو تخييل وتعليم السحر حرام بلا خلاف بين أهل العلم واعتقاد اباحته كفر وعن أصحابنا ومالك وأحمد يكفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه أولا ويقتل وقد روى عن عمر وعثمان وابن عمر وكذلك عن جندب بن عبد الله وحبيب بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز فانهم قتلوه بدون الاستتابة وفيه حديث مرفوع رواه الشيخ أبو بكر الرازى فى أحكام القرآن حدثنا ابن قانع حدثنا بشر بن موسى حدثنا ابن الاصفهانى حدثنا أبو معاوية عن اسمعيل بن مسلم عن الحسن عن جندب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال حد الساحر ضربه بالسيف انتهى يعنى القتل قال وقصة جندب فى قتله الساحر بالكوفة عن الوليد بن عتبة مشهورة وعند الشافعى لا يقتل ولا يكفر الا اذا اعتقد اباحته وأما الكاهن فقيل هو الساحر وقيل هو العراف وهو الذى يحدث ويتخرص وقيل هو الذى له من الجن من يأتيه بالاخبار قال أصحابنا ان اعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر وان اعتقد أنه تخييل لم يكفر وعند الشافعى ان اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب الى الكواكب وانها تفعل ما يلتمسه كفر وعند أحمد حكمه حكم الساحر فى رواية يقتل لقول عمر رضى الله عنه اقتلوا كل ساحر وكاهن وفى رواية ان تاب لم يقتل ويجب أن لا يعدل عن مذهب الشافعى فى كفر الساحر والعراف وعدمه وأما قتله فيجب ولا يستتاب اذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعيه بالفساد فى الارض لا بمجرد عمله اذا لم يكن فى اعتقاده ما يوجب كفره واذا طلب المرتدون الموادعة لا يجيبهم الى ذلك

﴿ باب البغاة ﴾

قدم أحكام قتال الكفار ثم أعقبه بقتال المسلمين والوجه ظاهر والبغاة جمع باغ وهذا الوزن مطرد فى كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة والبغى فى اللغة الطلب بغيت كذا أى طلبته قال تعالى حكاية ذلك ما كنا نبغى ثم اشتهر فى العرف فى طلب ما لا يحل من الجور والظلم والباغى فى عرف الفقهاء الخارج عن طاعة امام الحق والخارجون عن طاعته أربعة أصناف أحدها الخارجون بلا تأويل بمنعة وبلا منعة يأخذون أموال الناس ويقتلونهم ويخيفون الطريق وهم قطاع الطريق والثانى قوم كذلك الا أنهم لا منعة لهم لكن لهم تأويل فحكمهم حكم قطاع الطريق ان قتلوا قتلوا وصلبوا وان أخذوا مال المسلمين قطعت أيديهم وأرجلهم على ما عرف والثالث قوم لهم منعة وحمية خرجوا عليه بتأويل يرون أنه على باطل كفر أو معصية يوجب قتاله بتأويلهم وهؤلاء يسمون بالخوارج يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وحكمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور أهل الحديث حكم البغاة وعند مالك يستتابون فان تابوا والا قتلوا دفعا لفسادهم لا لكفرهم وذهب بعض أهل الحديث الى أنهم مرتدون لهم حكم المرتدين لقوله

صلى

﴿ باب البغاة ﴾

أخر هذا الباب عن باب المرتد لقلة وجوده والبغاة جمع باغ كالقضاة جمع قاض

﴿ باب البغاة ﴾

(قوله أخر هذا الباب الخ) أقول ويجوز أن يقال يجرى مباحث البغاة من مباحث المرتد مجرى المركب من المفرد لاشتراط الاجتماع فى البغى دون الارتداد وأيضا المرتد كافر وكتاب السير فى بيان الجهاد مع الكفار بخلاف الباغى فانه مسلم فليتدبر

(وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم) لان عليا فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ولأنه أهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به

صلى الله عليه وسلم يخرج قوم في آخر الزمان أحداث الأسنان سفهاء الاحلام يقولون من خير قول البرية يقرؤن القرآن لا يجاوز حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فأينما لقيتموهم فاقتلوهم فان في قتلهم أجرا لمن قتلهم يوم القيامة رواه البخاري وعن أبي امامة أنه رأى رؤسا منصوبة على درج مسجد دمشق فقال كلاب أهل النار كلاب أهل النار قد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفارا قيل يا أبا أمامة هذا شئ تقوله قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر ولا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم وهذا يقتضي نقل اجماع الفقهاء وذكر في المحيط أن بعض الفقهاء لا يكفر أحدا من أهل البدع وبعضهم يكفرون بعض أهل البدع وهو من خالف ببدعته دليلا قطعيا ونسبه الى أكثر أهل السنة والنقل الاول أثبت نعم يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين وما ذكره محمد بن الحسن في أول الباب من حديث كثير الحضرمي يدل على عدم تكفير الخوارج وهو قول الحضرمي دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كندة فاذا نفر خمسة يشتمون عليا رضي الله عنه وفيهم رجل عليه برنس يقول أعاهد الله لأقتلنه فتعلقت به وتفرقت أصحابه عنه فأتيت به عليا رضي الله عنه فقلت اني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك فقال ادن ويحك من أنت فقال أنا سوار المنقري فقال علي رضي الله عنه خل عنه فقلت أخلي عنه وقد عاهد الله ليقتلنك قال أفأقتله ولم يقتلني قلت فانه قد شتمك قال فاشتمه ان شئت أو دعه ففي هذا دليل أن ما لم يكن للخارجين منعة لا نقتلهم وأنهم ليسوا كفارا لا بشتم علي ولا بقتله قيل الا اذا استحله فان من استحل قتل مسلم فهو كافر ولا بد من تقييده بأن لا يكون القتل بغير حق أو عن تأويل واجتهاد يؤديه الى الحكم بحله بخلاف المستحل بلا تأويل والا لزم تكفيرهم لأن الخوارج يستحلون القتل بتأويلهم الباطل ومما يدل على عدم تكفيرهم ما ذكره محمد أيضا حيث قال وبلغنا عن علي رضي الله عنه أنه بينما هو يخطب يوم الجمعة اذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد فقال علي رضي الله عنه كلمة حق أريد بها باطل لن نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ولن نمنعكم الفئ ما دامت أيديكم مع أيدينا ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا ثم أخذ في خطبته ومعنى قوله حكمت الخوارج نادوا بقولهم الحكم لله وكانوا يتكلمون بذلك اذا أخذ علي في الخطبة ليشوشوا خاطره فانهم كانوا يقصدون بذلك نسبته الى الكفر لرضاه بالتحكيم في صفين ولهذا قال علي رضي الله عنه كلمة حق أريد بها باطل يعني تكفيره وفيه دليل أن الخوارج اذا قاتلوا الكفار مع أهل العدل يستحقون من الغنيمة مثل ما يستحقه غيرهم من المسلمين وأنه لا يعزر بالتعريض بالشتم لأن نسبته الى الكفر شتم عرضوا به ولم يصرحوا والرابع قوم مسلمون خرجوا على امام العدل ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم وهم البغاة (قوله واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة امام) الناس به في أمان والطرقات آمنة (دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم) التي أوجبت خروجهم (لأن عليا رضي الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء) قبل قتالهم وليس ذلك واجبا بل مستحب لأنهم كمن بلغتهم الدعوة لا تجب دعوتهم ثانيا وتستحب وحروراء اسم قرية من قرى الكوفة وفيه المد والقصر ومنه قول عائشة رضي الله عنها لمعاذة أحرورية أنت أسند النسائي

كحال المرتدين وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة (لان عليا رضي الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء) بالحاء المهملة ممدودا ومقصورا قرية بالكوفة كان بها أول تحكيم الخوارج واجتماعهم بسبب تحكيم علي أبا موسى الاشعري رضي الله عنهما بينه وبين معاوية قائلين إن القتال واجب لقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي الآية وعلى ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون وذلك أنه رضي الله عنه انفذ ابن عباس ليكشف شبهتهم ويدعوهم الى العود فلما ذكروا شبهتهم قال ابن عباس رضي الله عنهما هذه الحادثة ليست بأدنى من بيض حمام وفيه التحكيم بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فكان تحكيم علي رضي الله عنه موافقا للنص فألزمهم الحجة فتاب البعض وأصر البعض وكلامه واضح

(قوله وذلك بطريق الاستصحاب) أقول أشار بقوله ذلك الى قوله دعاهم الى العود (قوله وفيه التحكيم بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم) أقول هذه الآية في سورة المائدة ثم أقول ظاهر هذا الكلام لا يدفع شبهتهم على ما قررها فانه يدل على جواز التحكيم في الجملة لا على جواز ترك المأمور به بالتحكيم فليتأمل وستعرف بعد أسطر أن الأمر في قوله تعالى فقاتلوا للوجوب

(ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم) قال العبد الضعيف هكذا ذكره القدوري في مختصره

في سننه الكبرى في خصائص علي الى ابن عباس رضي الله عنهم قال لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة آلاف فقلت لعلي يا أمير المؤمنين أبرد بالصلاة لعلي أكلم هؤلاء القوم قال اني أخافهم عليك قلت كلا فلبست ثيابي ومضيت اليهم حتى دخلت عليهم في دار وهم مجتمعون فيها فقالوا مرحبا بك يا ابن عباس ما جاء بك قلت أتيتكم من عند أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم المهاجرين والانصار من عند ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وصهره وعليهم نزل القرآن وهم أعرف بتأويله منكم وليس فيكم منهم أحد جئت لأبلغكم ما يقولون وأبلغهم ما تقولون فانتحى لي نفر منهم قلت هاتوا ما نقمتم على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمه وختنه وأول من آمن به قالوا ثلاث قلت ما هي قالوا احداهن أنه حكم الرجال في دين الله وقد قال تعالى ان الحكم الا لله قلت هذه واحدة قالوا وأما الثانية فانه قاتل ولم يسب ولم يغنم فان كانوا كفارا فقد حلت لنا نساؤهم وأموالهم وان كانوا مؤمنين فقد حرمت علينا دماؤهم قلت هذه أخرى قالوا وأما الثالثة فانه محا نفسه من أمير المؤمنين فان لم يكن أمير المؤمنين فانه يكون أمير الكافرين قلت هل عندكم شئ غير هذا قالوا حسبنا هذا قلت لهم أرأيتم إن قرأت عليكم من كتاب الله وحدثتكم من سنة نبيه صلى الله عليه وسلم ما يرد قولكم هذا ترجعون قالوا اللهم نعم قلت أما قولكم انه حكم الرجال في دين الله فأنا أقرأ عليكم أن قد صير الله حكمه الى الرجال في أرنب ثمنها ربع درهم قال تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم الى قوله يحكم به ذوا عدل منكم وقال في المرأة وزوجها وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أنشدكم الله أحكم الرجال في حقن دمائهم وأنفسهم واصلاح ذات بينهم أحق أم في أرنب ثمنها ربع درهم قالوا اللهم بل في حقن دمائهم و إصلاح ذات بينهم قلت أخرجت من هذه قالوا اللهم نعم قلت وأما قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغنم أتسبون أمكم عائشة فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي أمكم لئن فعلتم لقد كفرتم فان قلتم ليست أمنا فقد كفرتم قال الله تعالى النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم فأنتم بين ضلالتين فأتوا منها بمخرج أخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم قلت وأما قولكم انه محا نفسه من أمير المؤمنين فان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشا يوم الحديبية على أن يكتب بينه و بينهم كتابا فقال اكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله فقالوا والله لو كنا نعلم أنك رسول الله ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك ولكن اكتب محمد بن عبد الله فقال والله اني لرسول الله وان كذبتموني يا علي اكتب محمد بن عبد الله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خير من علي وقد محا نفسه ولم يكن محوه ذلك محوا من النبوة أخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم فرجع منهم ألفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم قتلهم المهاجرون والانصار وروى الحاكم أن عبد الله بن شداد استحكته عائشة عن الذين قتلهم علي فقال لما كان حرب معاوية وحكم الحكمين خرج عليه ثمانية آلاف من قراء الناس فنزلوا بأرض يقال لها حروراء من جانب الكوفة الى أن قال بعث علي اليهم عبد الله ابن عباس فخرجت معه حتى اذا توسطنا عسكرهم قام ابن الكواء خطيبا فقال يا حملة القرآن هذا عبد الله بن عباس فمن لم يكن يعرفه فأنا أعرفه من كتاب الله ما يعرفه به هذا ممن نزل فيه وفي قومه بل هم قوم خصمون فردوه الى صاحبه ولا تواضعوه كتاب الله فقام خطباؤهم وقالوا والله لنواضعنه فواضعهم عبد الله بن عباس الكتاب ووضعوه ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف فيهم ابن الكواء حتى أدخلهم الكوفة على علي الى آخر الحديث وقال على شرط البخاري ومسلم (قوله ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه هكذا ذكره القدوري) وهو عين ما قدمناه من قول علي رضي الله عنه ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا

وذكر الامام المعروف بخواهرزاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدؤا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروى عن أبي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام أما اعانة الامام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة (فان كانت لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم) دفعا لشرهم

(وذكر الامام الأجل المعروف بخواهرزاده أن عندنا يجوز أن نبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدؤا حقيقة) وهو قول مالك وأحمد وأكثر أهل العلم (لأن قتل المسلم لا يجوز الا دفعا وهم) أى البغاة (مسلمون) لقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ثم قال فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفيء الى أمر الله ونحن أدرنا الحكم وهو حل القتال على دليل قتالهم (و) ذلك (هو الاجتماع) على قصد القتال (والامتناع) لانه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع) لتقوى شوكتهم وتكثر جمعهم خصوصا والفتنة يسرع اليها أهل الفساد وهم الاكثر والكفر ما أباح القتال الا للحرابة والبغاة كذلك ويجب على كل من أطاق الدفع أن يقاتل مع الامام الا ان أبدوا ما يجوّز لهم القتال كأن ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلما لا شبهة فيه بل يجب أن يعينوهم حتى ينصفهم ويرجع عن جوره بخلاف ما اذا كان الحال مشتبها أنه ظلم مثل تحميل بعض الجبايات التى للامام أخذها والحاق الضرر بها لدفع ضرر أعم منه ويجوز قتالهم بكل ما يقاتل به أهل الحرب من المجنيق وارسال الماء والنار وخواهرزاده معناه ابن الاخت وكان ابن أخت القاضي الامام أبي ثابت قاضي سمرقند واسم خواهرزاده محمد وكنيته أبو بكر واسم أبيه حسين البخاري وهو معاصر لشمس الائمة السرخسي وموافق له فى اسمه وكنيته لان شمس الائمة اسمه محمد وكنيته أبو بكر بن أبي سهل وتوفى كل منهما فى العام الذى توفى فيه الآخر وهو عام ثمان وثمانين وأربعمائة وفخر الاسلام أيضا معاصر لهما وتوفى فى سنة احدى وثمانين وأربعمائة (فاذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغى أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروى عن أبي حنيفة رحمه الله) من قوله الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد فى بيته لقوله صلى الله عليه وسلم من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار وقال لواحد من الصحابة كن حلسا من أحلاس بيتك رواه عنه الحسن بن زياد (فمحمول على ما اذا لم يكن لهم امام) وما روى عن جماعة من الصحابة أنهم قعدوا فى الفتنة محمول على أنه لم يكن لهم قدرة ولا غناء وربما كان بعضهم فى تردد من حل القتال كما روى عن بعضهم أنه أتى عليا رضى الله عنه يطلب عطاءه من بيت المال فمنعه على رضى الله عنه وقال له أين كنت يوم صفين فقال ابغنى سيفا أعرف به الحق من الباطل فقال له ما قال الله هذا وانما قال فقاتلوا التى تبغى حتى تفيء الى أمر الله . وما روى اذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول فى النار فمحمول على اقتتالهما حمية وعصبية كما يتفق بين أهل قريتين ومحلتين أو لأجل الدنيا والمملكة قال الذهبى صح عن أبي وائل عن أبي ميسرة عمرو بن شرحبيل قال رأيت كأن قبابا فى رياض فقلت لمن هذه فقالوا لذى الكلاع وأصحابه ورأيت قبابا فى رياض فقلت لمن هذه فقيل لعمار بن ياسر وأصحابه قلت وكيف وقد قتل بعضهم بعضا قال انهم وجدوا الله واسع المغفرة انتهى وهذا لأن قتالهم عن اجتهاد (قوله فان كان لهم فئة أجهز على جريحهم) أى يسرع فى اماتته (واتبع موليهم) على البناء للمفعول فيهما القتل والاسر (دفعا لشرهم

وقوله (والمروى عن أبي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت) يريد به ما روى الحسن عن أبي حنيفة أن الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد فى بيته لقوله عليه الصلاة والسلام من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار (محمول على حال عدم الامام) أما اذا كان المسلمون مجتمعين على امام وكانوا آمنين به والسبل آمنة فخرج عليه طائفة من المؤمنين فحينئذ يجب على كل من يقوى على القتال أن يقاتلهم نصرا لامام المسلمين لقوله تعالى فقاتلوا التى تبغى فان الامر للوجوب وقوله (أجهز وأتبع) على بناء المفعول ويقال أجهزت على الجريح اذا أسرعت قتله وتممت عليه

كى لا يلحقوا بهم (وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم) لاندفاع الشر دونه وقال الشافعى لا يجوز ذلك فى الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ماذكرناه ان المعتبر دليله لا حقيقته (ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال) لقول على يوم الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة فى هذا الباب وقوله فى الأسير تأويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال (ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه) وقال الشافعى لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا أن عليا قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك

كى لا يلحقا) أى الجريح والمولى (بهم) أى بالفئة على معنى القوم (وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر بدون ذلك) وهو المطلوب (وقال الشافعى) وأحمد أيضا (لا يجوز ذلك) أى الاجهاز والاتباع (فى الحالين) حالتى الفئة وعدمها (لان القتال اذا تركوه) بالتولية والجراحة المعجزة عنه (لم يبق قتلهم دفعا) ولا يجوز قتلهم الا دفعا لشرهم ولما روى ابن أبى شيبة عن عبد خير عن على رضى الله عنه أنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ومن ألقى سلاحه فهو آمن وأسند أيضا ولا يقتل اسير (وجوابه ماذكرنا أن المعتبر) فى جواز القتل (دليل قتالهم لا حقيقته) ولأن قتل من ذكرنا اذا كان له فئة لا يخرج عن كونه دفعا لانه يتحيز الى الفئة ويعود شره كما كان وأصحاب الجمل لم يكن لهم فئة أخرى سواهم (قوله ولا تسبى لهم ذرية) اذا ظهر عليهم (ولا يقسم لهم مال) بين المقاتلة (لقول على) رضى الله عنه فيما روى ابن أبى شيبة أن عليا لما هزم طلحة وأصحابه أمر مناديه فنادى أن لا يقتل مقبل ولا مدبر يعنى بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال وروى عبد الرزاق نحوه وزاد وكان على رضى الله عنه لا يأخذ مال المقتول ويقول من اعترف شيأ فليأخذه وفى تاريخ واسط باسناده عن على أنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ولا تقتلوا اسيرا واياكم والنساء وان شتمن أعراضكم وسببن أمراءكم ولقد رأيتنا فى الجاهلية وان الرجل ليتناول المرأة بالجريدة أو بالهراوة فيعير بها هو وعقبه من بعده هذا وفى حديث مرفوع رواه الحاكم فى المستدرك والبزار فى مسنده من حديث كوثر بن حكيم عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هل تدرى يا ابن أم عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الامة قال الله ورسوله أعلم قال لا يجهز على جريحها ولا يقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيؤها وأعله البزار بكوثر بن حكيم وبه تعقب الذهبى على الحاكم قال محمد وبلغنا أن عليا رضى الله عنه ألقى ما أصاب من عسكر أهل النهروان فى الرحبة فمن عرف شيأ أخذه حتى كان آخره قدر حديد لانسان فأخذه (وقول على رضى الله عنه فى الاسير تأويله اذا لم تكن له فئة فان كانت فالامام بالخيار ان شاء قتل الاسير) وان كان عبدا يقاتل (وان شاء حبسه) والعبد الذى لا يقاتل بل يخدم مولاه يحبس (لما ذكرنا) من دفعه الشر بقدر الامكان وفيه خلاف الائمة الثلاثة ومعنى هذا الخيار أن يحكم نظره فيما هو أحسن الأمرين فى كسر الشوكة من قتله وحبسه ويختلف ذلك بحسب الحال لا بهوى النفس والتشفى واذا أخذت المرأة من أهل البغى وكانت تقاتل حبست ولا تقتل الا فى حال مقاتلتها دفعا وانما تحبس للمعصية ولمنعها من الشر والفتنة (قوله ولا بأس أن يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج أهل العدل اليه) وكذا الكراع يقاتلون عليه (وقال الشافعى لا يجوز) استعمالها فى القتال وترد عليهم عند الأمن منهم ولا ترد قبله (لانه مال مسلم فلا يجوز ذلك الا برضاه ولنا أن عليا الخ) يريد ما روى ابن أبى شيبة فى آخر مصنفه فى باب وقعة الجمل بسنده الى ابن الحنفية أن عليا رضى الله عنه قسم يوم الجمل فى العسكر ما أجافوا عليه من كراع وسلاح قال المصنف (وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك) ولولا أن فيه اجماعا لأمكن التمسك ببعض الظواهر فى تملكه فان ابن

(قوله ولا يقتل أسير) هو مقول على رضى الله عنه (ولا يكشف ستر) أى لا تسبى نساؤهم الا ترى أن أصحاب على رضى الله عنه سألوه قسمة ذلك فقال فاذا قسمت فلمن تكون عائشة رضى الله عنها والقدوة اسم للاقتداء كالاسوة اسم للائتساء يقال فلان قدوة أى يقتدى به (قوله لما ذكرنا) اشارة الى قوله ويحبسهم الى قوله دفعا للشر (قوله ولأنهم مسلمون) معطوف على قوله لقول على رضى الله عنه

ولان للامام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي أولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى (ويحبس الامام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) أما عدم القسمة فلما بيناه وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لأن حبس الثمن أنظر وأيسر وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها قال (وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا) لأن ولاية الأخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم (فان كانوا صرفوه في حقه أجزأ من أخذ منه) لوصول الحق الى مستحقه (وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك) لانه لم يصل الى مستحقه قال العبد الضعيف قالوا الاعادة عليهم في الخراج لأنهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا أغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكاة وفي المستقبل يأخذه الامام لانه يحميهم فيه لظهور ولايته (ومن قتل رجلا وهما من عسكر أهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليهم شئ) لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب

أبي شيبة أسند عن أبي البختري لما انهزم أهل الجمل قال علي رضي الله عنه لا تطلبوا من كان خارجا من العسكر وما كان من دابة أو سلاح فهو لكم وليس لكم أم ولد وأي امرأة قتل زوجها فلتعتد أربعة أشهر وعشرا فقالوا يا أمير المؤمنين تحل لنا دماؤهم ولا تحل لنا نساؤهم فخاصموه فقال هاتوا نساءكم وأقرعوا على عائشة فهي رأس الأمر وقائدهم قال فخصمهم علي رضي الله عنه وعرفوا وقالوا نستغفر الله قال المصنف (ولأن للامام أن يفعل ذلك في مال العادل) أي يستعين بكراعه وسلاحه عند حاجة المسلمين اليه (ففي مال الباغي أولى والمعنى) المجوز (فيه أنه دفع الضرر الأعلى) وهو الضرر المتوقع لعامة المسلمين (بالضرر الادنى) وهو اضرار بعضهم (ويحبس الامام أموالهم) لدفع شرهم وإضعافهم بذلك (ولا يردها اليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) أو على ورثتهم اذا ظهر ذلك واذا حبسها كان بيع الكراع أولى (لأن حبس الثمن أنظر) ولا ينفق عليه من بيت المال ليتوفر مؤنتها عليه وهذا اذا لم يكن للامام بها حاجة (قوله وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لا يأخذه الامام ثانيا) اذا ظهر على البغاة (لان ولاية الاخذ) انما كانت (له لحمايته إياهم ولم يحمهم) وما قيل إن عليا رضي الله عنه لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشئ مما جبوه فيه نظر لأن الخوارج لا نعلم أنهم غلبوا على بلدة فأخذوا جباياتها قالوا وكان ابن عمر اذا أتاه ساعي الحرور ادفع اليه زكاته وكذا سلمة بن الاكوع ثم (ان كانوا صرفوه الى حقه) أي الى مصارفه (أجزأ من أخذ منه) ولا اعادة عليه (لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى من أخذ منهم أن يعيدوا الاداء فيما بينهم وبين الله تعالى) قال المصنف رحمه الله (قالوا) أي المشايخ (الاعادة على الارباب في الخراج لأنهم) أي البغاة (مقاتلة) وهم مصرف الخراج (وان كانوا أغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك) وان كانوا أغنياء أفتوا بالاعادة وكذا في زكاة الاموال كلها لو أخذوها وتقدم ذلك والمدفوع مصادرة اذا نوى الدافع التصدق عليهم في كتاب الزكاة فارجع اليه (قوله ومن قتل رجلا الى آخره) يعني اذا كان رجلان من أهل البغي قتل أحدهما الآخر لا يجب على القاتل دية ولا قصاص اذا ظهرنا عليهم لانه قتل نفسا يباح قتلها ألا ترى أن العادل اذا قتله لا يجب عليه شئ فلما كان مباح القتل لم يجب به شئ ولأن القصاص لا يستوفى الا بالولاية وهي بالمنعة ولا ولاية لامامنا عليهم فلا يجب شئ وصار (كالقتل في دار الحرب) وعند الائمة الثلاثة يقتل به لان عندهم كل موضع تجب فيه العبادات في أوقاتها فهو كدار العدل وتقدم

وقوله (أما عدم القسمة فلما بيناه) اشارة الى قول علي ولا يؤخذ مال وقوله لانهم مسلمون

قال المصنف (ويحبس الامام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا) أقول قوله ولا يقسمها تكرار محض مع انه يوهم ذكره ههنا من أول الأمر أن يكون حتى يتوبوا غاية له وليس كذلك بل قوله حتى يتوبوا غاية لقوله ويحبس فلا يردها كما يدل عليه قوله فيردها

(وان غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلا من أهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه) وتأويله اذا لم يجر على أهله أحكامهم وأزعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص (واذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فانه يرثه فان قتله الباغي وقال قد كنت على حق وأنا الآن على حق ورثه وان قال قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال أبو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي وأصله أن العادل اذا أتلف نفس الباغي أوماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم وقال الشافعي رحمه الله في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد أتلف نفسا أومالا له أنه أتلف مالا معصوما أوقتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة رواه الزهري ولانه أتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم وهذا لأن الاحكام لا بد فيها من الالزام أو الالتزام

الكلام فيه (قوله وان غلبوا على مصر) من أمصار أهل العدل (فقتل رجل من أهل المصر رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا على ذلك المصر فانه يقتص منه) ومعنى المسئلة كما قال فخر الاسلام أنهم غلبوا ولم يجر فيها حكمهم بعد حتى أزعجهم امام العدل عن أهل المصر أي أخرجهم قبل تقرر حكمهم لانه حينئذ لم تنقطع ولاية الامام فوجب القود أما لو جرت أحكامهم حتى صارت في حكم محل ولاية بهم فلا قود ولا قصاص ولكن يستحق عذاب الآخرة (قوله واذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فانه يرثه) بالاتفاق لانه مأمور بقتله فلا يحرم الميراث به (وان قتل الباغي) العادل (وقال كنت على الحق وأنا الآن على الحق ورثه وان قال قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يرث الباغي) العادل (في الوجهين وهو قول الشافعي وأصله) أي أصل هذا الخلاف الخلاف في (أن العادل اذا أتلف نفس الباغي أوماله لا يضمن) عندنا (ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا لشرهم) وهذا بالاتفاق (والباغي اذا قتل العادل) بعد قيام منعتهم وشوكتهم (لا يجب الضمان) عليه (عندنا) وبه قال أحمد والشافعي في قوله الجديد ولو قتله قبل ذلك اقتص منه اتفاقا وكذا يضمنون المال (وقال الشافعي في القديم يضمن) وبه قال مالك لانها نفوس وأموال معصومة فتضمن بالاتلاف ظلما وعدوانا (وعلى هذا الخلاف لو تاب المرتد وقد أتلف نفسا أومالا ولنا أنه) اتلاف ممن لم يعتقد وجوب الضمان في حال عدم ولاية الالزام عليه فلا يؤاخذ به قياسا على أهل الحرب والحاصل ان نفي الضمان منوط بالمنعة مع التأويل فلو تجردت المنعة عن التأويل كقوم غلبوا على أهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الاموال بلا تأويل ثم ظهر عليهم أخذوا بجميع ذلك ولو انفرد التأويل عن المنعة بأن انفرد واحد أو اثنان فقتلوا وأخذوا عن تأويل ضمنوا اذا تابوا أوقدر عليهم والدليل على ما ذكرناه (اجماع الصحابة رواه الزهري) قال عبد الرزاق في مصنفه أنبأنا معمر أخبرني الزهري أن سليمان بن هشام كتب اليه يسأله عن امرأة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت بالحرورية فتزوجت ثم انها رجعت الى أهلها تائبة قال فكتب اليه أما بعد فان الفتنة الاولى ثارت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجتمع رأيهم على ان لا يقيموا على أحد حدا في فرج استحلوه بتأويل القرآن ولا قصاصا في دم استحلوه بتأويل القرآن ولا يرد مال استحلوه بتأويل القرآن الا أن يوجد شئ بعينه فيرد على صاحبه واني أرى أن ترد الى زوجها وأن يحد من افترى عليها قال المصنف (ولانه أتلف عن تأويل فاسد والفاسد من التأويل ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع) أي نفي الضمان وصار (كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم) ولا يخفى أن هذا الاعتبار وهو الحاق الفاسد من الاجتهاد الذي لم يسوغ حتى ضلل مرتكبه بالصحيح بشرط انضمام المنعة اليه وتعليله بأنه عند انضمام المنعة تنقطع ولاية الالزام فيلزم السقوط كله مستندا الى

قوله (وأزعجوا) يعني أقلع أهل البغي من المصر (قبل ذلك) أي قبل اجراء أحكامهم على أهله وقوله (في الوجهين) أي في الوجه الذي قال أنا على الحق وفي الوجه الذي قال أنا على الباطل وقوله (رواه الزهري) قال الزهري وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين فاتفقوا على أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل مال أتلف بتأويل القرآن فهو موضوع

ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تأويل ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لامنعة في حق الشارع اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولأبي يوسف رحمه الله في قتل الباغي العادل أن التأويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث فلا يكون التأويل معتبرا في حق الارث ولهما فيه أن الحاجة الى دفع الحرمان أيضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا أن من شرطه بقاءه على ديانته فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال (ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم) لانه اعانة على المعصية (وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس) لان الغلبة في الامصار لأهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع مالا يقاتل به الا بصنعة ألا ترى أنه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

الاجماع المنقول من الصحابة والا فلا يلزم من العجز عن الالزام سقوطه شرعا بل انما يلزم سقوط الخطاب به مادام العجز عن الزامه ثابتا فاذا ثبتت القدرة تعلق خطاب الالزام كما يقوله الشافعي لكن لما كان الاجماع المنقول في صورة مقيدة بما ذكرنا كان ذلك أصلا شرعيا ضرورة الاجماع المذكور اذا عرفت هذا فيقول أبو يوسف الحاق التأويل الفاسد بالصحيح بقول الصحابة كان في دفع الضمان والحاجة هنا الى إثبات الاستحقاق فالحاقه به بلا دليل وهما يقولان المتحقق من الصحابة جعل تلك المنعة والاعتقاد دافعا مالولاه لثبت لثبوت أسباب الثبوت ألا ترى أنه لولا تلك المنعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل عمدا واتلاف المال المعصوم فيتناول ما نحن فيه فان القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث قائمة والقتل بغير حق مانع وجد عن اعتقاد الحقية مع المنعة فمنع مقتضاه من المنع فعمل السبب عمله من اثبات الميراث (قوله ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عسكرهم لأنه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرف من أهل الفتنة بأس لأن الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح) لانه يقاتل بعينه (لا مالا يقاتل به الا بصنعة) تحدث فيه ونظيره كراهة بيع المعازف لان المعصية تقام بها عينها (ولا يكره بيع الخشب) المتخذة هي منه (وعلى هذا بيع الخمر) لا يصح ويصح بيع العنب والفرق في ذلك كله ماذكرنا وقيل الفرق الصحيح أن الضرر هنا يرجع الى العامة وهنالك يرجع الى الخاصة ذكره في الفوائد الظهيرية ﴿فروع﴾ اذا طلب أهل البغي الموادعة أجيبوا اليها اذا كان خيرا للمسلمين لان المسلمين قد يحتاجون الى الموادعة لحفظ قوتهم والاستزادة من التقوى عليهم ولا يؤخذ منهم عليها شئ لانهم مسلمون ومثله في المرتدين الا انهم اذا أخذوا ملكوا ثم يجبرون على الاسلام واذا تاب أهل البغي تقدم أنهم لا يضمنون ما أتلفوا وفي المبسوط روى عن محمد قال أفتيهم بأن يضمنوا ما أتلفوا من النفوس والاموال ولا ألزمهم بذلك في الحكم قال شمس الائمة وهذا صحيح لانهم كانوا معتقدين الاسلام وقد ظهر لهم خطؤهم الا أن ولاية الالزام كانت منقطعة للمنعة فيفتوا به ولو استعان أهل البغي باهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد كما أن هذا الفعل من أهل البغي ليس نقضا للايمان فالذين انضموا اليهم من أهل الذمة لم يخرجوا من أن يكونوا ملتزمين حكم الاسلام في المعاملات وأن يكونوا من أهل الدار فحكمهم حكم البغاة واذا وقعت الموادعة فاعطى كل فريق رهنا على أن أيهما غدر يقتل الآخرون الرهن فغدر أهل البغي وقتلوا الرهن لا يحل لاهل العدل قتل الرهن بل يحبسونهم حتى يهلك أهل البغي أو يتوبوا لانهم صاروا آمنين بالموادعة أو باعطائنا الامان لهم حين أخذناهم رهنا والغدر من غيرهم لا يؤاخذون به لكنهم يحبسون مخافة أن يرجعوا الى فئتهم وكذا اذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار حبس رهنهم حتى يسلموا

قوله (ولا التزام لاعتقاد الاباحة) يعني أن الباغي اعتقد اباحة أموال العادل بأن العادل عصى الله ورسوله ولم يعمل بموجب الكتاب وقوله (ولهما فيه) أي لابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما في قتل الباغي العادل وقوله (فيعتبر الفاسد) أي يعتبر التأويل الفاسد في دفع الحرمان وقوله (لم يوجد الدافع) أي التأويل الدافع للضمان وقوله (وليس ببيعه بالكوفة) تقييده بالكوفة باعتبار أن البغاة خرجوا فيها أولا والا فالحكم في غيرها كذلك وقوله (الا بالصنعة) به يريد الحديد لانه انما يصير سلاحا بفعل غيره فلا ينسب اليه (الا ترى أنه يكره بيع المعازف) قيل جمع معزف ضرب من الطنابير يتخذه أهل اليمن (ولا يكره بيع الخشب) لانه انما يصير معزفا بفعل غيره قوله (وعلى هذا بيع الخمر مع العنب) أي لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع العنب والفرق لأبي حنيفة رضي الله عنه بين كراهة بيع السلاح من أهل الفتنة وعدم كراهة بيع العصير ممن يتخذه خمرا سيأتي في باب الكراهة ان شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

فان أبوا جعلوا ذمة ووضعت عليهم الجزية لانهم حصلوا فى أيدينا آمنين وحكى أن المنصور كان ابتلى
به مع أهل الموصل ثم انهم غدروا فقتلوا رهنه فجمع العلماء يستشيرهم فقالوا يقتلون كما شرطوا على
أنفسهم وفيهم أبو حنيفة ساكت فقال له ماتقول قال ليس لك ذلك فانك شرطت لهم مالا يحل
وشرطوا لك مالا يحل وكل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولا تزر وازرة وزر أخرى فأغلظ عليه
القول وأمر باخراجه من عنده وقال مادعوتك لشئ الا أتيتنى بما أكره ثم جمعهم من الغد وقال قد
تبين لى أن الصواب ماقلت فماذا نصنع بهم قال سل العلماء فسألهم فقالوا لاعلم لنا قال أبو حنيفة توضع
عليهم الجزية قال لم وهم لا يرضون بذلك قال لانهم رضوا بالمقام فى دارنا على التأبيد والكافر اذا رضى
بذلك توضع عليه الجزية فاستحسن قوله واعتذر اليه واذا أمن رجل من أهل العدل رجلا من أهل
البغى جاز أمانه لانه ليس أعلى شقاقا من الكافر وهناك يجوز فكذا هنا ولأنه قد يحتاج الى مناظرته
ليتوب ولا يتأتى ذلك مالم يأمن كل من الآخر ومنه أن يقول لا بأس عليك ولا يجوز أمان الذمى اذا كان
يقاتل مع أهل البغى ولو ظهر أهل البغى على بلد فولوا فيه قاضيا من أهله ليس من أهل البغى صح
وعليه أن يقيم الحدود والحكم بين الناس بالعدل فان كتب هذا القاضى كتابا الى قاضى أهل العدل
بحق لرجل من أهل مصره بشهادة من شهد عنده ان كان القاضى يعرفهم وليسوا من أهل البغى أجازه
وان كانوا من أهل البغى أو لا يعرفهم لا يعمل به لان الغالب فيمن يسكن عندهم أنه منهم ولا يقبل قاضى
أهل العدل كتاب قاضى أهل البغى لانهم فسقة ويكره أخذ رؤسهم فيطاف بها فى الآفاق لانه مثلة
وجوزه بعض المتأخرين اذا كان فيه طمأنينة قلوب أهل العدل أو كسر شوكتهم ويكره للعادل قتل أبيه
أو أخيه من أهل البغى بخلاف أخيه الكافر فانه لا يكره لانه اجتمع فى الباغى حرمتان حرمة الاسلام
وحرمة القرابة وفى الكافر حرمة القرابة فقط واذا كان رجل من أهل العدل فى صف أهل البغى فقتله
رجل من أهل العدل لم يكن عليه فيه دية كما لو كان فى صف أهل الحرب لانه أهدر دمه حين وقف فى
صفهم ولو دخل باغ بامان فقتله عادل عليه الدية كما لو قتل المسلم مستأمنا فى دارنا وهذا لبقاء شبهة
الاباحة فى دمه واذا حمل العادل على الباغى فقال تبت وألقى السلاح كف عنه وكذا لو قال كف عنى
حتى أنظر لعلى أتوب وألقى السلاح ومالم يلق السلاح فى صورة من الصور كان له قتله ومتى ألقاه كف
عنه بخلاف الحربى لا يلزمه الكف عنه بالقائه السلاح ولو غلب أهل البغى على بلد فقاتلهم آخرون
من أهل البغى فارادوا أن يسبوا ذرارى أهل المدينة وجب على أهل البلد أن يقاتلوا دون ذراريهم لانهم
لا يسبون فوجب قتالهم واذا وادع أهل البغى قوما من أهل الحرب لا يحل لاهل العدل غزوهم لانهم
مسلمون وأمان المسلم اذا كان فى منعة نافذ على جميع المسلمين فان غدر بهم البغاة فسبوا لا يحل لاحد
من أهل العدل أن يشترى منهم ولو ظهر أهل البغى على أهل العدل فالجؤهم الى دار الشرك لم يحل
لهم أن يقاتلوا البغاة مع أهل الشرك لان حكم أهل الشرك ظاهر عليهم ولا يحل لهم أن يستعينوا
باهل الشرك على أهل البغى اذا كان حكم أهل الشرك هو الظاهر ولا بأس بان يستعين أهل العدل
بالبغاة والذميين على الخوارج اذا كان حكم أهل العدل هو الظاهر لانهم يقاتلون لاعزاز الدين والاستعانة
عليهم بقوم منهم أو من أهل الذمة كالاستعانة عليهم بالكلاب واذا ولى البغاة قاضيا فى مكان غلبوا
عليه فقضى ماشاء ثم ظهر أهل العدل فرفعت أقضيته الى قاضى أهل العدل نفذ منها ماهو عدل وكذا
ماقضاه برأى بعض المجتهدين لان قضاء القاضى فى المجتهدات نافذ وان كان مخالفا لرأى قاضى العدل
ولو استعان البغاة باهل الحرب فظهر عليهم سبينا أهل الحرب ولا تكون استعانة البغاة بهم أمانا منهم لهم
حتى يلزمنا تأمينهم على ماقدمنا لان المستأمن من يدخل دار الاسلام تاركا للحرب وهؤلاء مادخلوا الا
ليقاتلوا المسلمين

كتاب اللقيط

اللقيط سمى به باعتبار مآله لما أنه يلقطوا لالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب قال (اللقيط حر) لان الاصل فى بنى آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب (ونفقته فى بيت المال) هو المروى عن عمر وعلى

كتاب اللقيط

أعقب اللقيط واللقطة الجهاد لما فيه من كون النفوس والاموال تصير عرضة للفوات وقدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق به مقدم على المتعلق بالمال واللقيط لغة ما يلقط أى يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول سمى به الولد المطروح خوفا من العيلة أو من تهمة الزنا به باعتبار مآله اليه لانه آيل الى أن يلتقط فى العادة كالقتيل فى قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه (والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احياء نفس مسلمة) اذا لم يغلب على الظن ضياعه (فان غلب على ظنه ضياعه كان واجبا) وقول الشافعى وباقى الائمة الثلاثة فرض كفاية الا اذا خاف هلاكه ففرض عين يحتاج الى دليل الوجوب قبل الخوف نعم اذا غلب على الظن ضياعه أو هلاكه فكما قالوا وهو المراد بالوجوب الذى ذكرناه لا الوجوب باصطلاحنا لان هذا الحكم وهو الزام التقاطه اذا خيف هلاكه مجمع عليه والثابت الزامه بقطعى فرض (قوله اللقيط حر ولو كان الملتقط عبدا) أى فى جميع أحكامه حتى يحد قاذفه والجناية عليه كالجناية على الاحرار ولا يحد قاذف أمه لانا لا نعلم حريتها ولا يقام الحد مع احتمال السقوط وانما حكم الشرع فيه بالحرية (لان الاصل فى بنى آدم الحرية) لانهم أولاد خيار المسلمين آدم وحواء وانما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم فما لم يتيقن بالعارض لا يحكم به (وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب) والغالب فى جميع أقطار الدنيا الاحرار (قوله ونفقته فى بيت المال) أى اذا لم يكن له مال وهذا بلا خلاف وأصله ما روى مالك فى الموطأ عن سنين أبى جميلة رجل من بنى سليم أنه وجد منبوذا فى زمن عمر بن الخطاب قال فجئت به الى عمر فقال ما حملك على أخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فأخذتها فقال له عريفه يا أمير المؤمنين انه رجل صالح قال كذلك قال نعم قال اذهب به فهو حر وعلينا نفقته وعن مالك رواه الشافعى فى مسنده وقال البيهقى وغير الشافعى يرويه عن مالك ويقول فيه وعلينا نفقته من بيت المال انتهى وكذلك رواه عبد الرزاق قال أنبأنا مالك عن ابن شهاب حدثنى أبو جميلة أنه وجد منبوذا على عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه فأتاه به فاتهمه عمر رضى الله عنه فأثنى عليه خيرا فقال عمر رضى الله عنه هو حر وولاؤه لك ونفقته من بيت المال وتهمة عمر دل عليها ما فى رواية محمد عنه فى حديث أبى جميلة أنه قال له عسى الغوير أبؤسا وهو مثل لما يكون ظاهره خلاف باطنه وأول من قالته الزباء وما قيل فيه دليل على أن الملتقط ينبغى أن يأتى به الى الامام أولا ليس بلازم نعم من لم يتبرع بالانفاق وقصد أن ينفق عليه من بيت المال كما فعل أبو جميلة يحتاج أن يأتى به اليه واذا جاء به الى الامام لا يصدقه فيخرج من بيت المال نفقته الا أن يقيم بينة على الالتقاط لانه عساه ابنه ولذا قال عمر رضى الله عنه عسى الغوير أبؤسا والوجه أنه لا يتوقف على البينة بل ما يرجح صدقه ألا ترى أن عمر لما قال عريفه انه رجل صالح أنفق عليه فان هذه البينة ليست على أوضاع البينات فانها لم تقم على خصم حاضر وانما كانت ليترجح صدقه فى إخباره بالالتقاط ولذا قال فى المبسوط هذه لكشف الحال والبينة لكشف الحال مقبولة وان لم تكن على خصم قال الواقدى وحدثنى محمد بن عبد الله ابن أخى الزهرى عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال كان عمر اذا

كتاب اللقيط

لما كان فى الالتقاط دفع الهلاك عن نفس الملتقط ذكره عقيب الجهاد الذى فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين واللقيط اسم لشئ منبوذ فعيل بمعنى مفعول كالجريح وفى الشريعة اسم لحى مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا مضيعه آثم ومحرزه غانم لان فيه الاحياء وقد قال تعالى ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا فاذا كان بمعنى المفعول كان تسمية الشئ باسم ما يؤول اليه لما أنه يلتقط وهو حر أى فى جميع أحكامه حتى ان قاذفه يحد وقاذف أمه لا يحد كذا فى شرح الطحاوى وقوله (لان الاصل فى بنى آدم الحرية) لأنهم من آدم وحواء وهما حران والرق انما هو لعارض الكفر على ما تقدم والاصل عدم العارض ولأن الحكم للغالب والغالب فيمن يسكن بلاد الاسلام الحرية وقوله (هو المروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما) روى عن على رضى الله عنه أنه قال اللقيط حر وعقله وولاؤه للمسلمين وعن عمر رضى الله عنه مثله

كتاب اللقيط

(قوله واللقيط اسم لشئ منبوذ الخ) أقول لا من حيث انه منبوذ بل من حيث انه سيلقط

أي له غنمه وعليه غرمه كغلة العبد المعيب للمشتري قبل الرد لانه قبل الرد في ضمانه

ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فأشبه المقعد الذي لا مال له ولا قرابة ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا أن يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال (فان التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذه منه) لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده (فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله) معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان أنه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب و يعير بعدمه

أي بلقيط فرض له ما يصلحه رزقا يأخذه وليه كل شهر و يوصي به خيرا و يجعل رضاعه في بيت المال ونفقته وروى عبد الرزاق حدثنا سفيان الثوري عن زهير بن أبي ثابت عن ذهل بن أوس عن تميم أنه وجد لقيطا فأتى به الى علي رضي الله عنه فألحقه على ماله (ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة) أغنياء تجب نفقته عليهم فكانت في بيت المال (كالمقعد الذي لا مال له) ولان ميراثه لبيت المال (والخراج بالضمان) أي لبيت المال غنمه أي ميراثه وديته حتى لو وجد اللقيط قتيلا في محلة كان على أهل تلك المحلة ديته لبيت المال وعليهم القسامة وكذا اذا قتله الملتقط أو غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال ولو قتله عمدا فالخيار الى الامام على ما تقدم في مثله فعليه غرمه (ولهذا كانت جنايته في بيت المال) وبدأ محمد رحمه الله بحديث الحسن البصري أن رجلا التقط لقيطا فأتى به عليا رضي الله عنه فقال هو حر ولأن أكون وليت من أمره مثل الذي وليت منه أحب الي من كذا وكذا فحرض على ذلك ولم يأخذه منه بالولاية العامة وهي الامامة لانه لا ينبغي للامام أن يأخذه من الملتقط الا بسبب يوجب ذلك لأن يده سبقت اليه فهو أحق به (قوله والملتقط متبرع بالانفاق عليه لعدم ولايته) على أن يلحقه الدين ليرجع عليه اذا كبر واكتسب (الا أن يأمره القاضي به ليكون دينا عليه) يعني بهذا القيد بأن يقول أنفق عليه ويكون ذلك دينا عليه وظاهر الحصر المذكور في قوله الا أن يأمره الى آخره يفيد أنه لو أمره ولم يقل ليكون دينا عليه لا يرجع بما أنفق وهو كذلك في الاصح لان مطلق الامر بالانفاق انما أوجب ظاهرا ترغيبه في اتمام الاحتساب وتحصيل الثواب وقيل يوجب له الرجوع لان أمر القاضي كأمر اللقيط بنفسه اذا كان كبيرا (لعموم ولاية القاضي) فاذا أنفق بالامر الذي يصير دينا عليه فبلغ فادعى انه أنفق عليه كذا فان صدقه اللقيط رجع به وان كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملتقط البينة (قوله فان ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله) و يثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذميا قال المصنف (معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه) يعني سابقا على دعوى المدعي أو مقارنا أما اذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج أولى وان ادعياه معا فالملتقط أولى ولو كان ذميا والخارج مسلما لاستوائهما في الدعوى ولأحدهما يد فكان صاحب اليد أولى وهو الذمي و يحكم باسلام الولد ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحسانا والقياس أن لا يثبت الا ببينة لأنه يتضمن ابطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين (وجه الاستحسان أنه اقرار للصبي بما ينفعه لأنه يتشرف بالنسب) و يتأذى بانقطاعه اذ يعير به و يحصل له من يقوم بتربيته ومؤنته راغبا في ذلك غير ممتن به و يد الملتقط ما اعتبرت الا لحصول مصلحته هذه لا لذاتها ولا لاستحقاق ملك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذه الدعوة فيقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمنا مترتبا على وجوب ايصال هذا النفع اليه لأن الأب أحق بكونه في يده من الاجنبي وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم أن عند البعض يثبت نسبه من المدعي و يكون في يد الملتقط للجمع بين منفعتي الولد والملتقط وليس بشيء وأما ثبوت

النسب

وقوله (والخراج بالضمان) يقال خراج غلامه اذا اتفقا على ضريبة يؤديها اليه في وقت معلوم وقوله (فيه) أي في بيت المال و يقال برع الرجل وبرع بالفتح والضم اذا فضل على اقرانه ومنه يقال للمتفضل المتبرع وقوله (الا أن يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية) في قوله ليكون دينا عليه اشارة الى أنه انما يصير دينا اذا قال ذلك ومن أصحابنا من قال مجرد أمر القاضي بالانفاق عليه يكفي ولا يشترط أن يقول على أن يكون ذلك دينا عليه لان أمر القاضي نافذ عليه كأمره بنفسه أن لو كان من أهله ولو كان من أهله وأمر غيره بالانفاق عليه كان ما ينفق دينا عليه فكذا اذا أمره القاضي والاصح أن لا يرجع ما لم يقل القاضي ذلك لان مطلقه يحتمل قد يكون للحث والترغيب في اتمام ما شرع فيه من التبرع وانما يزول هذا الاحتمال اذا شرط أن يكون دينا عليه وقوله (معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه) يعني اذا ادعاه الملتقط ورجل آخر فالملتقط أولى لانهما استويا في الدعوى ولاحدهما يد فكان صاحب اليد أولى

(قوله لأن أمر القاضي الى قوله كان ما ينفق عليه دينا) أقول يعني ان أمر القاضي نافذ على اللقيط كأمر اللقيط بنفسه ان لو كان اللقيط من أهل الامر ولو كان من أهل الامر الخ

وقوله (ثم قيل يصح في حقه) أي في حق النسب وقيل يبتنى عليه بطلان يده لان من ضرورة ثبوت النسب أن يكون هو أحق بحفظ ولده من غيره وقوله (ولو ادعاه الملتقط) أي ولو ادعى الملتقط نسب اللقيط وقال هو ابني بعدما قال إنه لقيط قيل يصح قياسا واستحسانا لانه لم يبطل بدعواه حق أحد ولا منازع له في ذلك (والاصح أنه على القياس والاستحسان) أي على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان يعني في القياس لا يصح وفي الاستحسان يصح كما في دعوى غير الملتقط لكن وجه القياس ههنا غير وجه القياس في دعوى غير الملتقط ووجه القياس في دعوى غير الملتقط هو تضمن ابطال حق الملتقط فلذلك لم تصح دعواه ووجه القياس في دعوى الملتقط هو تناقض كلامه بانه لما زعم أنه لقيط كان نافيا نسبه لأن ابنه لا يكون لقيطا

في يده ثم ادعى انه ابنه فكان مناقضا وفي الاستحسان تصح دعواه لأن هذا اقرار على نفسه من وجه حيث يلزمه نفقته ويجب عليه أن يحفظه فهو في هذا الاقرار يكتسب له ما ينفعه وبالالتقاط يثبت له هذه الولاية وقوله (أنه متناقض) قلنا نعم ولكن فيما طريقه الخفاء قد يشتبه على الناس حال ولده الصغير وهو يظن أنه لقيط ثم يتبين بعد ذلك أنه ولده والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن اذا أكذب نفسه (وان ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به) أي يجب على الملتقط أن يدفع اللقيط الى الذي وصف علامة في جسده وأصاب في وصفه لأن الواصف أولى بذلك اللقيط فان قيل ما الفرق بين اللقيط واللقطة فان اللقطة اذا تنازع فيها اثنان ووصف أحدهما وأصاب ولم يصف الآخر فانه لا يقضى لصاحب الوصف بل اذا انفرد الواصف يحل للملتقط أن يدفعها اليه ولا يلزمه وههنا يلزم اجيب بأن الفرق بينهما هو أن الاصابة بوصف أمر محتمل يحتمل أنه أصاب لانه له ويحتمل أنه أصاب لانه رآى في يد غيره والمحتمل لا يصلح سببا للاستحقاق على الغير لكنه يصلح مرجحا لسبب الاستحقاق كاليد في دعوى النتاج اذا ثبت هذا فنقول في فصل اللقيط قد وجد ما هو سبب الاستحقاق وهو الدعوة لانها سبب الاستحقاق في حق اللقيط الاترى أنه لو انفرد بدعوى اللقيط قضى له به كما لو أقام البينة فيعتبر الوصف لترجح سبب الاستحقاق وأما في اللقطة فالدعوى ليست بسبب الاستحقاق حتى تترجح بالوصف فلو اعتبر الوصف اعتبر لأصل الاستحقاق والوصف لا يصلح سببا له فافترقا

ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتنى عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل (وان ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به) لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا أقام الآخر البينة لأن البينة أقوى

النسب في دعوى ذي اليد (فقيل يصح قياسا واستحسانا) أي ليس فيه قياس مخالف والصحيح أنهما أيضا فيه الا أن وجه القياس فيه غيره في دعوى الخارج فان ذلك هو استلزامه ابطال حق بمجرد دعواه وهنا هو استلزامه التناقض لأنه لما ادّعى انه لقطة كان نافيا نسبه فلما ادّعاه تناقض وجه الاستحسان فيه ما قدمناه والتناقض لا يضر في دعوى النسب لانه مما يخفى ثم يظهر وهذا معنى ما في الاصل الذي أحال المصنف عليه (ولو ادعاه اثنان) خارجان معا (ووصف أحدهما علامة في جسده) فطابق (فهو أولى به) من الآخر الا أن يقيم الآخر البينة فيقدم على ذي العلامة أو كان مسلما وذو العلامة ذمي فيقدم المسلم ولو أقاما البينة وأحدهما ذمي كان ابنا للمسلم (ولو لم يصف أحدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق) وهو الدعوى وكذا لو أقاما وهما مسلمان ولو كانت دعوة أحدهما سابقة على الاخرى كان ابنه ولو وصف الثاني علامة لثبوته في وقت لا منازع له فيه وانما قدم ذو العلامة للترجيح بها بعد ثبوت سببي الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما بخلاف ما لو ادعى اثنان عينا في يد ثالث وذكر أحدهما علامة لا يفيد شيأ وكذا في دعوى اللقطة لا يجب الدفع بالوصف لان سبب الاستحقاق هنالك ليس مجرد الدعوى بل البينة فلو قضي له لكان اثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة وذلك لا يجوز انما حال العلامة ترجيح أحد السببين على الآخر ولو ادّعاه اثنان خارجان فأقام أحدهما البينة انه كان في يده قبل ذلك كان أحق به لظهور تقدم اليد وكلما لم يترجح دعوى واحد من المدعين يكون ابنا لهما وعند الشافعي يرجع الى القافة على ما قدمنا في باب الاستيلاد ولا يلحق باكثر من اثنين عند أبي يوسف وهو رواية عن أحمد وعند محمد لا يلحق بأكثر من ثلاثة وفي شرح الطحاوي وان كان المدعي أكثر من اثنين فعن أبي حنيفة أنه جوّز الى خمسة ولو ادّعته امرأة لا يقبل الا ببينة لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وان ادعته امرأتان وأقامتا البينة فهو ابنهما عند أبي حنيفة في رواية أبي حفص وعندهما لا يكون ابن واحدة منهما وهو رواية أبي سليمان عنه وهذا كله في حال حياة اللقيط فلو مات عن مال فادّعى انسان نسبه لا يثبت لأن تصديقه كان باعتبار أن اللقيط محتاج الى ذلك وبالموت

(واذا وجد فى مصر من أمصار المسلمين أو فى قرية من قراهم فادعى ذمى انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما) وهذا استحسان لأن دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره (وان وجد فى قرية من قرى أهل الذمة أو فى بيعة أو كنيسة كان ذميا) وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما فى هذا المكان أو ذميا فى مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففى رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفى كتاب الدعوى فى بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد ألا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبى مع الصغير أحدهما يعتبر كافرا وفى بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير (ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه) لانه حر ظاهرا

استغنى عنه فبقى كلامه مجرد دعوى الميراث ولا يصدق الا ببينة على ذلك (قوله واذا وجد) اللقيط (فى مصر من أمصار المسلمين أو فى قرية من قراهم) فهو مسلم لافرق فى ذلك بين كون ذلك المصر كان مصرا للكفار ثم أزعجوا وظهرنا عليه أولا ولا بين كونه فيه كفار كثيرون أولا (فان ادعاه ذمى أنه ابنه يثبت نسبه منه وكان مسلما) استحسانا والقياس أن لا يثبت نسبه منه لان فى ثبوت نسبه منه نفى اسلامه الثابت بالدار وهو باطل وجه الاستحسان (أن دعواه تضمنت) شيئين (النسب وهو نفع للصغير ونفى الاسلام الثابت بالدار وهو ضرر به) وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر لجواز مسلم هو ابن كافر بأن أسلمت أمه (فصحت دعوته فيما ينفعه) من ثبوت النسب (دون ما يضره) الا اذا أقام بينة من المسلمين على نسبه فحينئذ يكون كافرا وذكر ابن سماعة عن محمد فى الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه نصرانى وعليه زى أهل الشرك فهو ابنه وهو نصرانى وذلك أن يكون فى رقبته صليب أو عليه قميص ديباج أو وسط رأسه مجزوز انتهى ولا ينبغى أن يجعل قميص الديباج علامة فى هذه الديار لأن المسلمين كثيرا ما يفعلونه واذا حكمنا بأنه ابن ذمى وهو مسلم فيجب أن ينزع من يده اذا قارب أن يعقل الاديان كما قلنا فى الحضانة اذا كانت أمه المطلقة كافرة (قوله وان وجد فى قرية من قرى أهل الذمة أو فى بيعة أو كنيسة) فى دار الاسلام (كان ذميا) هكذا قال القدورى قال المصنف (هذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة فان كان مسلما فى هذا المكان) أى فى قرية من قرى أهل الذمة أو بيعة أو كنيسة (أو كان) الواجد (ذميا) لكن وجده (فى مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففى كتاب اللقيط العبرة بالمكان) فى الفصلين وهو ما اذا كان الواجد مسلما فى نحو الكنيسة أو ذميا فى غيرها من دار الاسلام وعليه مشى القدورى هنا لأن المكان سابق والسبق من أسباب الترجيح (وفى كتاب الدعوى) اختلفت النسخ (فى بعض النسخ اعتبر الواجد) فى الفصلين (وهو رواية ابن سماعة) فى الفصلين لان اليد أقوى من المكان (ألا ترى) ان الصبى المسبى مع أحد الابوين الى دار الاسلام يكون كافرا حتى لا يصلى عليه اذا مات (وفى بعض نسخه) أى نسخ كتاب الدعوى من المبسوط (اعتبر الاسلام) أى ما يصير الولد به مسلما (نظرا للصغير) ولا ينبغى ان يعدل عن ذلك فعلى هذا لو وجده كافر فى دار الاسلام أو مسلم فى كنيسة كان مسلما فصارت الصور أربعا اتفاقيتان وهو ما اذا وجده مسلم فى قرية من قرى المسلمين فهو مسلم أو كافر فى نحو كنيسة فهو كافر واختلافيتان وهما مسلم فى نحو كنيسة أو كافر فى نحو قرية للمسلمين وفى كفاية البيهقى قيل يعتبر بالسيما والزى لانه حجة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم يعرف المجرمون بسيماهم وفى المبسوط كما لو اختلط الكفار يعنى موتانا بموتاهم الفصل بالزى والعلامة ولو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صبيانا حوله القرآن يزعم انه مسلم يجب الاخذ بقوله (قوله ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل منه) لأن

الحاصل على أربعة أوجه أحدها أن يجده مسلم فى مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوما له بالاسلام والثانى أن يجده كافر فى مكان أهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما له بالكفر لا يصلى عليه اذا مات والثالث أن يجده كافر فى مكان المسلمين والرابع أن يجده مسلم فى مكان الكافرين ففى هذين الفصلين اختلفت الرواية ففى كتاب اللقيط يقول العبرة للمكان فى الفصلين جميعا وفى رواية ابن سماعة عن محمد أن العبرة للواجد بالفصلين جميعا كذا فى المبسوط وقوله (فى بعض النسخ) أى فى بعض نسخ دعوى المبسوط (قوله ومن ادعى أن اللقيط عبده) ظاهر فان قيل إن البينة لا تقبل الا على خصم منكر ولا خصم ههنا لان الملتقط ليس بولى فلا يكون خصما عنه أجيب بان الخصم هو الملتقط باعتبار يده لانه يمنعه عنه و يزعم انه أحق بحفظه فلا يتوصل المدعى الى استحقاق يده عليه الا باقامة البينة

قال المصنف (لقوة اليد الا ترى الخ) أقول فيه بحث فان التبعية فى الابوين للجزئية لا لليد بمجردها قال المصنف (فوق تبعية الدار) أقول لأن بينه وبين الأبوين جزئية ولا جزئية بينه وبين المكان (قوله لأنه يمنعه عنه) أقول أى يمنعه عن المدعى الاصل

فان ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه لان دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع للصبي لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب والرق وهو مضرة فيثبت الاول دون الثاني لان الاول لا يستلزمه لان المملوك قد تلده الحرة فلا تبطل له الحرية الظاهرة بالشك ويمكن أن يقرر بجعل كلامه دليلين على مطلوبين أحدهما انه يثبت نسبه لانه ينفعه وكل ماينفعه يثبت له والثاني انه حر لان المملوك قد تلده الحرة فلا يكون عبدا وقد تلده الامة فيكون عبدا والظاهر في بني آدم الحرية فلا تبطل بالشك قال (والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد) اذا ادعى اللقيط الحر والعبد وهما خارجان أو المسلم والذمي وهما خارجان دعوى مجردة فالحر أولى من العبد والمسلم أولى من الذمي وكذلك اذا أقاما البينة وليست احداهما أكثر اثباتا حتى لو شهد للمسلم ذميان وللذمي مسلمان كان للمسلم لان بينة كل واحد منهما حجة في حق الآخر وليست احداهما أكثر اثباتا فكان المسلم أولى وأما اذا كانت بينة الذمي أكثر اثباتا فلا يعتبر الترجيح بالاسلام فلو ادعى الذمي صبيا في يد رجل انه ابنه ولد على فراشه وأقام على ذلك شاهدين مسلمين وأقام عبد مسلم بينة انه ابنه ولد على فراشه من هذه الامة قضي للذمي بالصبي ولم يترجح العبد بالاسلام لان بينة الذمي أكثر اثباتا لأنها تثبت النسب بجميع أحكامه وأما اذا كان النزاع بين الملتقط والخارج فالترجيح باليد لقوتها فان الملتقط اذا كان ذميا فهو أولى من المسلم الخارج (واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو على دابة هو عليها فهوله) وكذا الدابة (اعتبار الظاهر) لان اللقيط لما كان في دار الاسلام كان حرا من أهل الملك فما كان معه فهوله ظاهرا لعدم اليد الثابتة عليه كالقميص الذي عليه فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر حجة مثبتة وليس كذلك أجيب بأن هذا الظاهر يدفع دعوى الغير (قوله ثم يصرفه الواجد اليه) ظاهر

الا أن يقيم البينة انه عبده (فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه) لانه ينفعه (وكان حرا) لان المملوك قد تلده الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك (والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد والمسلم أولى من الذمي) ترجيحا لما هو الانظر في حقه (وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهوله) اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بأمر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه

الأصل الحرية لما قدمنا (الا أن يقيم بينة) لا يقال هذه البينة ليست على خصم فلا تقبل لأن الملتقط خصم لأنه أحق بثبوت يده عليه فلا تزول الا ببينة هنا وانما قلناها هنا كي لا ينقض بما اذا ادعى خارج نسبه فان يده تزول بلا بينة على الا وجه والفرق أن يده اعتبرت لمنفعة الولد وفي دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التي أوجبت اعتبار يد الملتقط فتزال لحصول ما يفوق المقصود من اعتبارها وهنا ليس دعوى العبدية كذلك بل هو مما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال الا ببينة (قوله فان ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه منه لأنه ينفعه وكان حرا لأن المملوك قد تلده الحرة) فيكون الأب عبدا والولد حرا لأنه يتبع أمه في الحرية والرق فيقبل فيما ينفعه دون ما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذمي فلم يكن من ضرورة ثبوت نسبه منه رقه (فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك) اذا لم تضف ولادته الى امرأة أمة فان أضاف الى امرأته الأمة ففيه خلاف بين أبي يوسف ومحمد ذكر في الذخيرة أن الولد حر عند محمد وعند أبي يوسف عبد فمحمد يقول في دعوى العبد نفع هو النسب وضرر هو الرق وأحدهما ينفصل عن الآخر فيعتبر فيما ينفعه دون ما يضره وأبو يوسف يقول لما صدقه الشرع في ثبوت النسب يصدقه فيما كان من ضروراته تبعا فيحكم برقه تبعا بخلاف الذمي فانه ليس من ضرورته ثبوت كفره لجواز اسلام زوجته وعلى هذا لو قال الذمي انه من زوجتي الذمية لا يصدق (قوله والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد) يعني اذا ادعياه وهما خارجان لما قدمنا انه اذا كان الملتقط ذميا ادعاه مع مسلم خارج رجح عليه وكذا اذا ادعى الذمي انه ابنه والمسلم أنه عبده فهو ابن الذمي لأنه يفوز بالنسب والحرية مع الحكم باسلامه ولا كذلك في دعوى رقه الا أن يقيم بينة رقه فيكون رقيقا كما ان الذمي اذا ادعاه ابنا له وأقام بينة من المسلمين يكون كافرا ولو وجد طفل في يد عبد محجور ذكر أنه التقطه ولا بينة له على الالتقاط وكذبه مولاه وقال هو عبدي فالقول قول المولى لان العبد المحجور لا يد له على نفسه فما في يده كما في يد المولى وكذا لو أقر بعين في يده لآخر وكذبه المولى لا يصح اقراره كما لو كان في يد المولى ولو كان العبد مأذونا في التجارة فالقول قول العبد لان للمأذون يدا على نفسه حتى صح اقراره بما في يده لغير السيد وان كذبه السيد فيكون الولد الذي في يده حرا الا أن يقيم سيده بينة أنه عبده (قوله واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو دابة هو مشدود عليها فالكل له) بلا خلاف (اعتبارا للظاهر) أي في دفع ملك غيره عنه ثم يثبت ملكه في ذلك بقيام يده مع حريته المحكوم بها وقوله (لما ذكرنا) يريد قوله اعتبارا للظاهر (ثم يصرفه الواجد اليه بأمر القاضي لانه مال ضائع) أي لا حافظ له وما لكه وان كان معه فلا قدرة له على الحفظ (وللقاضي ولاية صرف مثله اليه) وكذا لغير الواجد بأمره والقول قوله

(قوله لأن الأول لا يستلزمه) أقول اذا لم يستلزمه فكيف تضمنه

وقيل يصرفه بغير أمر القاضي لانه للقيط ظاهرا (وله ولاية الانفاق وشراء مالابد له منه) كالطعام والكسوة لانه من الانفاق (ولا يجوز تزويج الملتقط) لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال (ولا تصرفه في مال الملتقط) اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأى الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما أحدهما قال (ويجوز أن يقبض له الهبة) لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال (ويسلمه في صناعة) لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال (ويؤاجره) قال العبد الضعيف وهذه رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فأشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما نذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى

في نفقة مثله (وقيل له صرفه عليه بغير أمر القاضي) أيضا (لانه للقيط) كما حكمنا به (وللواجد الانفاق عليه وشراء مالابد له منه من الطعام والكسوة لانه من الانفاق) وشراء مالابد منه عطف على ولاية من قوله وله ولاية الانفاق أي للواجد ولاية الانفاق وله شراء مالابد للقيط منه وبهذا قال أحمد (ولا يجوز للملتقط تزويج اللقيط) واللقيطة (لانعدام سبب ولاية الانكاح من القرابة والملك والسلطنة) وهذا بلا خلاف (ولا تصرفه في ماله ببيع) ولا شراء شئ ليستحق الثمن دينا عليه لان الذي اليه ليس الا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك (اعتبارا بالأم) فانها لا يجوز لها ذلك مع أنها تملك من التصرفات مالا يملكه الملتقط كالتزويج عند عدم العصبة فعدم ملكه ذلك أولى (وهذا) أي عدم تصرف كل من الأم والملتقط بالبيع ونحوه (لأن ولاية التصرف انما هو لتثمير المال وذلك) انما (يتحقق بالرأى الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل منهما أحدهما) لان في الأم شفقة كاملة مع قصور في الرأى وفي الملتقط رأى كامل مع قصور شفقة لعدم القرابة ونظير ماذكر المصنف هنا ما قدمه في ثبوت الخيار للصغيرة اذا بلغت وقد زوجها غير الأب والجد من كتاب النكاح (قوله ويجوز أن يقبض) أي الملتقط (للقيط الهبة) والصدقة عليه (لأنه نفع محقق ولذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الأم ووصيها قال) القدوري (ويسلمه في صناعة لانه من باب التثقيف وحفظ حاله) عن الشتات وصيانته عن الفساد ثم (قال) القدوري (ويؤاجره) لانه من التثقيف يعني التقويم (وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره ذكره في الكراهية) قال المصنف (وهو الأصح) لأنه لا يملك اتلاف منافعه فلا يملك تمليكها (فأشبه العم بخلاف الأم لانها تملك اتلاف منافعه) بالاستخدام والاعارة بلا عوض فبالعوض بالاجارة أولى ﴿فروع﴾ ادعاه الملتقط عبدا له بعد ما عرف الالتقاط لا يصدق الا ببينة كالخارج ولو ادعاه ذمي وأقام بينة من أهل الذمة أنه ابنه لا عبرة بها لأن نسبه ثبت بمجرد دعواه وأثر هذه البينة في كونه كافرا ولا يثبت بذلك ولو وجده مسلم وكافر فتنازعا في كونه عند أحدهما قضى به للمسلم لانه محكوم له بالاسلام فكان المسلم أولى بحفظه ولانه يعلمه أحكام الاسلام بخلاف الكافر واذا بلغ اللقيط فأقر أنه عبد فلان وفلان يدعيه ان كان قبل أن يقضى عليه بما لا يقضى به الا على الاحرار كالحد الكامل ونحوه صح اقراره وصار عبدا لأنه غير متهم فيه وان كان بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير به عبدا لان فيه ابطال حكم الحاكم ولأنه مكذب شرعا في ذلك فهو كما لو كذبه الذي أقر له بالرق ولو كانت اللقيطة امرأة فأقرت بالرق بعد ما كبرت ان كان بعد التزويج صح وكانت أمة للمقر له ولا تصدق في ابطال النكاح لان الرق لا ينافي النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرورة الحكم برقها انتفاء النكاح ولو بلغ فتزوج امرأة ثم أقر أنه عبد لفلان ولامرأته عليه صداق وصدقها لازم عليه لا يصدق في ابطاله لانه دين ظهر وجوبه فهو متهم في اقراره هذا وكذا اذا استدان دينا أو بايع انسانا أو كفل كفالة

وقوله (والموجود في كل واحد منهما) أي من الملتقط والام (أحدهما) لان للملتقط رأيا كاملا ولا شفقة له وللام شفقة كاملة ولا رأى لها (قوله لانه من باب تثقيفه) التثقيف تقويم المعوج بالثقاف وهو ما يسوى به الرماح ويستعار للتأديب والتهذيب (قوله بخلاف الام لانها تملكه) أي تملك اتلاف منافعه فانها تملك استخدام ولدها واجارته والله أعلم

قال المصنف (ويؤاجره) أقول بالنصب عطف على قوله ان يقبض

او

اللقيط واللقطة متقاربان لفظا ومعنى وخص اللقيط ببنى آدم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما وقدم الاول لشرف بنى آدم على اللقطة وهى الشئ الذى يجده ملقى فيأخذه أمانة (اذا أشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء رحمهم الله (قوله بل هو الافضل عند عامة العلماء) احترازعن قول من يقول انه أخذ مال الغير بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعا وعن قول من يقول أخذه جائز وتركه أفضل لان صاحبها انما يطلبها فى الموضع الذى سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها فى ذلك الموضع (قوله وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا) والحاصل ان اللقطة عند عامة العلماء على نوعين ما يكون أخذه واجبا وهو ما اذا خاف الضياع واستدل على ذلك بقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض واذا كان وليا وجب عليه حفظ ماله وبان حرمة مال المسلم كحرمة ماله فاذا خاف على ماله الضياع وجب حفظه فكذلك اذا خاف على مال غيره وما لا يكون أخذه واجبا وهو ما اذا لم يخف الضياع فقيل رفعه مندوب اليه لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولانه لو تركها لا يؤمن أن يصل اليها يد خائنة فتمنعها عن مالكها وقيل تركها أفضل لما ذكرنا ان صاحبها انما يطلبها فى الموضع الذى سقطت منه والاول ظاهر المذهب (واذا كان كذلك) أى اذا كان أخذها مأذونا فيه شرعا

﴿ كتاب اللقطة ﴾

قال (اللقطة أمانة اذا أشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك

أو وهب أو تصدق وسلم أو دبر أو كاتب أو أعتق ثم أقر أنه عبد لفلان لا يصدق فى ابطال شئ من ذلك لانه متهم وتقدم أن ميراثه لبيت المال فلو أنه والى رجلا بعد ما أدرك الملتقط أو غيره فان كان قبل أن يتأكد ولاؤه لبيت المال بأن جنى جناية وعقله بيت المال فلا يصح ولا ينتقل ميراثه عن بيت المال وان كان قبل ذلك جاز لأن ولاءه لم يتأكد لبيت المال فله أن يوالى من شاء وصار كالذى أسلم من أهل الحرب له أن يوالى من شاء الا أن يجنى فيعقله بيت المال

﴿ كتاب اللقطة ﴾

هى فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة لكثير الهمز وغيره وبسكونها للمفعول كضحكة وهزأة للذى يضحك منه ويهزأ به وانما قيل للمال لقطة بالفتح لأن طباع النفوس فى الغالب تبادر الى التقاطه لأنه مال فصار المال باعتبار أنه داع الى أخذه بمعنى فيه نفسه كأنه الكثير الالتقاط مجازا والا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط وما عن الاصمعى وابن الاعرابى انه بفتح القاف اسم للمال أيضا فمحمول على هذا يعنى يطلق على المال أيضا ثم اختلف فى صفة رفعها فنقل عن المتقشفة أنه لا يحل له لانه مال الغير فلا يضع يده عليه بغير اذنه وبعض التابعين وبه قال أحمد يحل والترك أفضل أما الحل فلأنه صلى الله عليه وسلم لم ينه عن ذلك ولا أنكر على من فعله بل أمره بتعريفها على ما سنذكر وأسند اسحق بن راهويه عنه صلى الله عليه وسلم من أصاب لقطة فليشهد ذا عدل وأما أفضلية الترك فلأن صاحبها يطلبها فى المكان الذى فقدها فيه ولو لم يذكر خصوص المكان فاذا تركها كل أحد فالظاهر أن يجدها صاحبها لانه لا بد عادة أن يمر فى ذلك المكان مرة أخرى فى عمره ولأن الظاهر أن سقوطها فى أثناء الطرقات التى يمر بها أو يجلس فى عادة أمره وعامة الفقهاء على انه اليه وقيده الطحاوى وغيره بما اذا كان يأمن على نفسه فان كان لا يأمن يتركها ولأنه يجوز أن تصل يد خائنة اليها فان غلب على ظنه ذلك ان لم يأخذها ففى الخلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم بدا له أن يضعها مكانها ففى ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسنذكره (قوله واللقطة أمانة اذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو أفضل) وظاهر المبسوط اشتراط عدلين الى آخره (واذا كان كذلك) يعنى اذا كان أشهد أو اذا كان أمانة بأن أشهد

(قوله واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما) أقول فيه أنه اذا عكس يوجد التمييز أيضا فلا يدل ما ذكره على التخصيص المطلوب والاولى ما فى غاية البيان أن فعلة يدل على معنى الفاعل كالهمزة واللمزة والضحكة بفتح الحاء والمال المنبوذ كانه يلقط نفسه لكثرة رغبات الناس فيه وميلان الطباع اليه فسمى لقطة على الاسناد المجازى وفى المنبوذ من بنى آدم ايماء فى القلوب عن قبوله لزوم نفقته ومؤنته فسمى لقيطا أى ملقوطا على سبيل التفاؤل وارادة الصلاح فى حاله كما سمى اللديغ سليما والمهلكة مفازة انتهى (قوله واللقطة وهى الشئ الذى يجده ملقى فيأخذه أمانة) أقول كذا صحح فى المغرب ثم قوله اللقطة مبتدأ وقوله أمانة خبره

(لاتكون مضمونة عليه) كذا في بعض الشروح وهو لايناسب قوله وكذا اذا تصادقا والظاهر أن معناه واذا أشهد الملتقط انه يأخذها الخ لاتكون مضمونة عليه لانه لم يأخذ لنفسه ويجوز أن يكون معناه واذا كانت أمانة لاتكون مضمونة عليه وكذا اذا تصادق الملتقط والمالك أنه أخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كما اذا أقام الملتقط البينة انه أخذها ليوصلها الى المالك (ولو أقر الملتقط (انه أخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه أخذ مال غيره بغير اذنه و بغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ أخذتها للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لايضمن والقول قوله) أما عدم الضمان فلأن الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية لان فعل المسلم محمول على مايحل له شرعا والذي يحل له شرعا الاخذ للرد لالنفسه فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الاشهاد منه وأما أن القول قوله فلأن صاحبها يدعى عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو منكر والقول قول المنكر مع يمينه كما لو ادعى عليه الغصب وقوله (ولهما انه أقر بسبب الضمان) ظاهر قيل هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا أمكنه أن يشهد أما اذا لم يجد أحدا يشهده عند الرفع أو خاف انه لو أشهد عند الرفع أن يأخذه منه الظالم فترك الاشهاد لايكون ضامنا بالاتفاق وان وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزه ضمن لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه وقوله (ويكفي في الاشهاد أن يقول) ظاهر

لاتكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه أخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة ولو أقر انه أخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه أخذ مال غيره بغير اذنه و بغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لايضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى مايبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وماذكر من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر أن يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة أو أكثر لانه اسم جنس

(لاتكون مضمونة عليه) فلو هلكت بغير صنع منه لاضمان عليه وكذا اذا صدقه المالك في قوله انه أخذها لبردها وصار تصادقهما كبينته على انه أخذها لبردها (ولو أقر أنه أخذها لنفسه ضمنها بالاجماع وان لم يشهد وقال أخذتها للرد للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لايضمن) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وفي شرح الاقطع ذكر محمدا مع أبي يوسف (والقول له) مع يمينه أنه أخذها لبردها (لان الظاهر شاهد له) اذ الظاهر من حال المسلم (اختياره الحسبة لا المعصية) ولان الاخذ مأذون فيه شرعا بقيد كونه للمالك فاذا أخذ ان لم يكن الظاهر انه أخذه للمالك فأقل مافي الباب أن يكون مشكوكا في أنه أخذه له أو لنفسه فلا يضمن بالشك (ولهما انه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى مايبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وماذكر أبو يوسف من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر كون المتصرف عاملا لنفسه) فان قال كون أخذ المال سببا للضمان اذا لم يكن باذن الشرع فاما باذنه فممنوع واذا لم يثبت أن هذا الاخذ سبب للضمان لم يقع الشك في البراءة بعد ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ماذكرتم فالجواب أن إذن الشرع مقيد بالاشهاد عند الامكان على ماذكرنا آنفا من رواية اسحق من أصاب لقطة فليشهد ذا عدل وهذا الاختلاف فيما اذا أمكنه الاشهاد واذا لم يمكنه عند الرفع أو خاف انه ان أشهد أخذها منه ظالم فتركه لايضمن بالاجماع والقول قوله مع يمينه كوني منعني من الاشهاد كذا (قال ويكفيه في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه علي) أو عندي ضالة أو شيء فمن سمعتموه الى آخره فاذا جاء صاحبها يطلبها فقال هلكت لايضمن ولا فرق بين كون اللقطة (واحدة أو أكثر لأنه) أي اللقطة بتأويل الملتقط (اسم جنس) ولا يجب أن يعين ذهبا أو فضة خصوصا في هذا الزمان قال الحلواني أدنى مايكون من التعريف أن يشهد عند الاخذ و يقول أخذتها لأردها فان فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى فجعل التعريف اشهادا وقول المصنف يكفيه من الاشهاد أن يقول الى آخره يفيد مثله فاقتضى هذا الكلام أن يكون الاشهاد الذي أمر به في الحديث هو التعريف وقوله عليه الصلاة والسلام من أصاب ضالة فليشهد معناه فليعرفها ويكون قوله ذا عدل ليفيد عند جحد المالك التعريف أي الاشهاد فانه اذا استشهد ثم عرف بحضرته لايقبل مالم يكن عدلا

(قوله كذا في بعض الشروح) أقول يعني في شرح الاتقاني (قوله وهو لايناسب قوله وكذا اذا تصادقا الخ) أقول انما لايكون مناسبا أن لو كان قوله وكذا اذا تصادقا عطفا على قوله والا واذا كان كذلك لاتكون مضمونة وليس ذلك بلازم فانه يجوز أن يكون عطفا عن قوله اذا أشهد الخ (قوله ويجوز أن يكون معناه الخ) أقول وعندي هذا أظهر مماذكره قبله فعلى هذا يكون معنى قوله وكذا اذا تصادقا وكذا تكون اللقطة أمانة اذا تصادقا و يوجد التناسب والتلاؤم لكونه عطفا على قوله اللقطة أمانة الخ وعلى الوجه الذي ذكره قبله يكون المعنى وكذا لاتكون مضمونة عليه اذا تصادقا وفيه نوع تأمل (قوله قيل هذا الاختلاف في الاشهاد الخ) أقول أي في وقت انتفاء الاشهاد ففيه حذف مضافين

قال (فان كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا) قال العبد الضعيف وهذه رواية عن أبي حنيفة وقوله أياما معناه على حسب ما يرى وقدره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيأ فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوى ألف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى رأى المبتلى به

والا فالتعريف لا يقتصر على ما بحضرة العدول وعلى هذا الخلاف فيه أبي يوسف فيما اذا لم يعرفها أصلا حتى ادعى ضياعها وادعى انها كانت عنده ليردها وأخذها كذلك وقولهما ان اذن الشرع مقيد بالاشهاد أى بالتعريف فاذا لم يعرفها فقد ترك ما أمر به شرعا في الاخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن انه أخذها لنفسه وعلى هذا لا يلزم الاشهاد أى التعريف وقت الاخذ بل لا بد منه قبل هلاكها ليعرف به انه أخذه ليردها لا لنفسه وحينئذ فاذكر في ظاهر الرواية من انه اذا أخذها ثم ردها الى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها في مكانها أو بعد ما ذهب ثم رجع ظاهر لان بالرد ظهر انه لم يأخذها لنفسه وبه ينتفي الضمان عنه وقيده بعض المشايخ بما اذا لم يذهب بها فان ذهب بها ثم أعادها ضمن وبعضهم ضمنه ذهب بها أولا والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفي وجه التضمين بكونه مضيعا مال غيره بطرحه بعد ما لزمه حفظه بالاخذ (قوله فان كانت) اللقطة (أقل من عشرة عرفها أياما) وفسرها المصنف بحسب ما يرى من الايام من غير تفصيل وذلك انه روى عن أبي حنيفة ان كانت مائتين فصاعدا عرفها حولا وان كانت أقل من مائتين الى عشرة عرفها شهرا وان كانت أقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى وفي رواية أخرى قال فيما دون العشرة ان كانت ثلاثة فصاعدا يعني الى العشرة يعرفها عشرة أيام وان كانت درهما فصاعدا يعني الى ثلاثة يعرفها ثلاثة أيام وان كانت دانقا فصاعدا يعرفها يوما وان كانت دون الدانق ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه في كف فقير قال شمس الأئمة شئ من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وهذا أخذ بالرواية التي ذكرناها قبل هذا وهو جيد والظاهر انه انما قدر بذلك التقديرات في القليل لغلبة الظن ان المالك في تلك التقادير لا يطلبها بعد تلك المدد فكان المعول عليه غلبة ظن تركها وظاهر الرواية وهو ما ذكر محمد في الاصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعي وأحمد لقوله صلى الله عليه وسلم ما سيذكر وكذا روى عن عمر وعلي وابن عباس وجهه ما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيأ فليعرفه سنة من غير فصل وفيه ألفاظ منها ما رواه البزار عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيأ فليعرفه سنة ومعنى لا تحل اللقطة أى لا يحل للملتقط تملكها وهذا لا يتعرض للالتقاط نفسه وفي الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها ثم استنفقها فان جاء صاحبها فأدها اليه وجه الاول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوى ألف درهم والعشرة فما فوقها في معنى الالف شرعا في تعلق القطع بسرقته وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول) الحاقا لها بما فيه الزكاة من المائتين فما فوقها احتياطا (وما دون العشرة ليس في معنى الالف شرعا بوجه ما ففوضنا) التعريف فيها (الى رأى المبتلى به) والمراد بقوله كانت مائة دينار ما في الصحيحين واللفظ للبخاري عن أبي بن كعب قال أخذت صرة مائة دينار

(وقوله وهذه رواية عن أبي حنيفة) يشير الى انها ليست ظاهر الرواية فان الطحاوي رحمه الله قال واذا التقط لقطة فانه يعرفها سنة سواء كان الشئ نفيسا أو خسيسا في ظاهر الرواية وقوله كانت مائة دينار تساوي ألف درهم) يريد ما روى البخاري رحمه الله في الصحيح مسندا الى أبي ابن كعب رضي الله عنه قال أخذت صرة مائة دينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد من يعرفها ثم أتيته ثانيا فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد ثم أتيته ثالثا فقال احفظ وعاءها ووكاءها وعددها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وفيه نظر لان العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب وأقول هذا الحديث يدل على أن التعريف يكون حولين وليس ذلك بشرط بالاجماع فيكون ساقط الدلالة على المراد

(قوله لان العبرة بعموم اللفظ الخ) أقول فان النكرة اذا وقعت في سياق الشرط تعم على ما صرحوا به وشيأ في الحديث المروى كذلك (قوله وأقول هذا الحديث الخ) أقول فيه بحث اذ يجوز أن يقال للحديث دلالتان على ما مر مثله في السير

(وقوله وقيل الصحيح أن شيأ من هذه المقادير) اشارة الى ما اختاره شمس الائمة السرخسى رحمه الله وقوله (كالنواة وقشور الرمان) يعنى اذا كان فى مواضع مختلفة فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمة فانه يجوز له الانتفاع بها لان القيمة ظهرت بالاجتماع والاجتماع حصل بصنعه ولكنه لا يملكها حتى ان صاحبها اذا وجدها فى يده بعدما جمعها جاز أن يأخذها لان الالقاء منه تفرقا دليل على الاذن لا على التمليك لان التمليك من المجهول لا يصح ذكره فى المحيط فأما اذا كانت مجتمعة فى موضع فلا يجوز الانتفاع بها الان

صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما القاها

وقيل الصحيح ان شيأ من هذه المقادير ليس بلازم و يفوض الى رأى الملتقط يعرفها الى أن يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وان كانت اللقطة شيأ لا يبقى عرّفه حتى اذا خاف أن يفسد تصدق به و ينبغى أن يعرّفها فى الموضع الذى أصابها وفى الجامع فان ذلك أقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيأ يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح

فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد ثم أتيت بها فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد ثم أتيته ثالثا فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وهذا يقتضى قصر حديث العام على حديث المائة دينار وليس كذلك بل قد ورد الأمر بالتعريف سنة فى غير حديث مطلقا عن صورة المائة دينار كما قدمنا وغيره مما لم نذكره (قوله وقيل الصحيح ان شيأ من هذه المقادير ليس بلازم) ولا التقدير بالعام (و يفوض الى رأى المبتلى به يعرفها الى ان يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدّق بها) وهذا ذكره شمس الائمة واختاره واستدل عليه بحديث الثلاث سنين فى المائة دينار فانه يعرف به ان ليس السنة بتقدير لازم بل ما يقع عند الملتقط أن صاحبه يتركه أولا وهذا يختلف باختلاف خطر المال ألا ترى ان المال لما كان ذا خطر كبير أمره صلى الله عليه وسلم أن يعرفه ثلاث سنين (قوله وان كانت اللقطة شيأ لا يبقى عرفه حتى يخاف فساده فيتصدّق به) قال المصنف (و ينبغى أن يعرفها فى الموضع الذى أصابها فيه وفى الجامع) يعنى الاسواق وأبواب المساجد فينادى من ضاع له شئ فليطلبه عندى واعلم أن ظاهر الامر بتعريفها سنة يقتضى تكرار التعريف عرفا وعادة وان كان ظرفية السنة للتعريف يصدق بوقوعه مرة واحدة ولكن يجب حمله على المعتاد من أنه يفعله وقتا بعد وقت و يكرر ذلك كلما وجده ظنة وما قدمنا من قول الولوالجى مما يفيد الاكتفاء بالمرة الواحدة هو فى دفع الضمان عنه أما الواجب فان يذكرها مرة بعد أخرى (قوله وان كانت اللقطة شيأ يعلم أن صاحبها لا يطلبه كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة فيجوز الانتفاع بها) للواجد (بلا تعريف) وعنه صلى الله عليه وسلم أنه رأى تمرة فى الطريق فقال لولا أخشى أن تكون من تمر الصدقة لاكلتها ولا يعلم فيه خلاف بين العلماء ولكن تبقى على ملك مالكها حتى اذا وجدها فى يده له أخذها الان الاباحة لا تخرجه عن ملك مالكه وانما القاؤها اباحة لا تمليك (لان التمليك من المجهول لا يصح) وذكر شيخ الاسلام أنها لو كانت متفرقة فجمعها ليس للمالك أخذها لانها تصير ملكا له بالجمع وعلى هذا التقاط السنابل وبه كان يفتى الصدر الشهيد وفى غير موضع تقييد هذا الجواب أعنى جواز الانتفاع بهما بما اذا كانت متفرقة فان كانت مجتمعة فى مكان فلا يجوز الانتفاع بها الان صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما القاها وأعرض عنها بل سقطت منه أو وضعها ليرفعها وعن أبى يوسف لو جز صوف شاة ميتة كان له أن ينتفع به ولو وجده صاحب الشاة فى يده كان له أن يأخذه منه ولو دبغ جلدها كان لصاحبها أن يأخذه بعد أن يعطيه ما زاد الدباغ وفى الخلاصة والتفاح والكمثرى والحطب فى الماء لا بأس

(قال المصنف وقيل الصحيح ان شيأ من هذه المقادير ليس بلازم و يفوض الى رأى الملتقط يعرفها الى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها) أقول قال شمس الائمة السرخسى فى مبسوطه قال أبى بن كعب رضى الله تعالى عنه وجدت مائة دينار فأخبرت النبى عليه الصلاة والسلام قال عرفها سنة فعرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عليه الصلاة والسلام عرفها سنة أخرى فعرفتها ثم أخبرته فقال عرفها سنة أخرى ثم قال بعد ثلاث سنين اعرف عددها ووكاءها واخلطها بمالك فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها فانها رزق ساقها الله اليك انتهى ثم قال وفى الحديث الذى رواه أبى بن كعب رضى الله تعالى عنه دليل لما قلنا ان التقدير بالحول فى التعريف ليس بلازم ولكنه يعرفها بحسب ما يطلبها صاحبها الا يرى أن المائة الدينار لما كان مالا عظيما كيف أمره رسول الله عليه الصلاة والسلام بأن يعرفها ثلاث سنين انتهى فيفهم منه أن اللاقط يعرفها بأخذه أكثر من حول عند شمس الائمة بحسب ظنه وفى المحيط البرهانى والفقيه أبى جعفر كان يقول اذا بلغ مالا عظيما بان كان كيس فيه ألف درهم أو مائة دينار يعرف ثلاثة أحوال وكان القاضى الامام أبو على النسفى يحكى عن الشيخ الامام أنه كان يروى عن محمد انه يعرف اللقطة ثلاث سنين قل أو كثر (قوله فالظاهر انه ما القاها) أقول بل سقطت منه .

(قوله فان جاء صاحبها والا تصدق بها) يعني ان جاء صاحبها بعد التعريف دفعها اليه ايصالا للعين حقه المستحق الدفع اليه كما في بيع الفضولي (والا) أي وان لم يجئ فهو بالخيار (ان شاء) تصدق بها ايصالا للعوض المستحق وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها على مستحقه (وان شاء أمسكها رجاء) الظفر بصاحبها فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها الملتقط باذن الحاكم فهو بالخيار ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لأن التصدق ان حصل باذن الشرع

لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته فان

قال (فان جاء صاحبها والا تصدق بها) ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازة التصدق بها وان شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها قال (فان جاء صاحبها) يعني بعد ما تصدق بها (فهو بالخيار ان شاء أمضى الصدقة) وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه (وان شاء ضمن الملتقط) لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه

قيل التوقف على الاجازة يقتضي قيام المحل عندها كما في بيع الفضولي وليس بلازم حتى لو أجاز المالك بعد هلاكها صحت الاجازة وأجاب بأن الملك يثبت للفقير قبل الاجازة لان الملتقط لما كان مأذونا في التصدق شرعا ملك الفقير بنفس الاخذ لان التصدق من اسباب الملك فلم يتوقف ثبوت الملك على وجود المحل عند الاجازة فان قيل لو ثبت الملك للفقير قبل الاجازة لما ثبت للمالك حق الاخذ اذا كان قائما في يد الفقير أجيب بأن ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له وكالمرتد اذا عاد من دار الحرب مسلما بعد ماقسمت أمواله بين ورثته فانه يأخذ ماوجده قائما بعد ثبوت الملك لهم بخلاف بيع الفضولي فان الملك فيه للمشتري انما يثبت بعد اجازة المالك بيعه فلا بد من قيام المحل

بأخذه (قوله فان جاء صاحبها أخذها والا تصدق بها) أو أ كلها ان كان فقيرا أو استقرضها باذن الامام ويتملكها ان شاء وان شاء أمسكها أبدا حتى يجيء صاحبها واذا خشي الموت يوصي بها كي لا تدخل في المواريث ثم الورثة أيضا يعرفونها ومقتضى النظر أنهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها أن يضمنوا الانهم وضعوا أيديهم على لقطة ولم يشهدوا أي لم يعرفوا ويغلب على الظن بذلك أن قصدهم تعميتها عن صاحبها ويجري فيه خلاف أبي يوسف وسيأتي الخلاف في ذلك في آخر الباب فان جاء صاحبها (بعد التصدق فهو) بأحد خيارات ثلاث (ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه) أي باذن المالك وحصول الثواب للانسان يكون بفعل مختار له ولم يوجد ذلك قبل لحوق الاذن والرضا فبالاجازة والرضا يصير كانه فعل بنفسه لرضاه بذلك فان قيل كيف تلحقه الاجازة وهي تتوقف على قيام المحل وقد يكون مجيء المالك بعد استهلاك الفقير لها أجاب بأن ذلك فيما يتوقف فيه الملك على الاجازة كما في بيع الفضولي أما هنا فالملك يثبت قبل ذلك شرعا لان الامر بالتصدق عند عدم ظهور المالك بعد التعريف لا يفيد مقصوده دون ملك المتصدق عليه واذا ثبت الملك قبلها ومعلوم أنه مطلق للتصرف وحال الفقير يقتضي سرعة استهلاكها ثبت عدم توقف اعتبارها على قيام المحل بعد ثبوت اعتبارها بعد الاستهلاك شرعا اجماعا حتى ينتقل اليه الثواب (وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه) فان قلت لكنه باذن الشرع وباباحة منه قلنا الثابت من الشارع اذنه في التصدق لا ايجابه (وهذا) القدر (لا ينافي) وجوب الضمان (حقا للعبد كما في) انه (في تناول مال الغير عند المخمصة) والمرور في الطريق مع ثبوت الضمان فاذا جاز أن يثبت اذنه مقيدا به كما ذكرنا وجب أن يثبت كذلك لان الاصل ثبوت ضمان مال العبد على المتصرف فيه بغير اذنه (وان شاء ضمن المسكين) اذا كان المدفوع اليه (هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه) فان قلت اذا قبضها الفقير ثبت ملكه فيها باذن الشرع فكيف يسترجعها أجيب بأنه لا مانع من ثبوت المالك باذن الشرع مع ثبوت حق الاسترداد كما في الهبة والمرتد الراجع من دار الحرب مسلما بعد أخذ الورثة ماله بعد الحكم لئلا يلزم تمليك العين المعدومة وكما يشترط قيام المحل يشترط قيام البائع والمشتري والمالك أيضا وسيجيء تمامه في البيوع ان شاء الله تعالى وان شاء ضمن الملتقط وهو ظاهر فان قيل كيف يصح تضمينه وقد تصدق بها باذن الشرع أجاب بقوله (الا أنه باباحة من جهة الشرع) يعني أن الاذن كان اباحة منه لا الزاما ومثل ذلك الاذن يسقط الاثم ولا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة (وان شاء ضمن المسكين) لما ذكره في الكتاب وهو واضح

قال المصنف (فلا يتوقف على قيام المحل) أقول والاظهر عندي ان فاعل لا يتوقف هو الضمير الراجع الى الاجازة

وان كان قائماً أخذه لانه وجد عين ماله قال (ويجوز الالتقاط فى الشاة والبقر والبعير) وقال مالك والشافعى اذا وجد البعير والبقر فى الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل فى أخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما تدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما فى الشاة (فان أنفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع) لقصور ولايته عن ذمة المالك وان أنفق بأمره كان ذلك ديناً على صاحبها لان للقاضى ولاية فى مال الغائب نظراً له وقد يكون النظر فى الانفاق على ما نبين (واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وأنفق عليها من أجرتها) لان فيه ابقاء

بالملاك واذا كان كذلك جعل كذلك عند عدم اذنه (وان كان قائماً أخذه لانه وجد عين ماله) وما نقل عن القاضى أبى جعفر من أنه انما يرجع على الملتقط اذا تصدق بغير أمر القاضى أما اذا كان بأمره فلا يرجع ردوه بأنه خلاف المذهب فانه لو تصدق القاضى بنفسه كان للمالك أن يضمنه اذا جاء فضلا عن الملتقط المتصدق بأمره وهذا لان القاضى ناظر للغيب فى أموالهم حفظاً لها لا اتلافاً فلا ينفذ من اتلافه الا ما لزمه شرعاً القيام به والتصدق ليس كذلك (قوله ويجوز الالتقاط فى الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعى) وأحمد (اذا وجد البقر والبعير فى الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس) لهم (أن الاصل فى أخذ مال الغير الحرمة وإباحة الالتقاط مخافة الضياع واذا كان معها ما تدفع عن نفسها به) كالقرن مع القوة فى البقر والرفس مع الكدم وزيادة القوة فى البعير والفرس (يقل) ظن (الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة فى الاخذ والندب الى الترك) هذا ولكن كلامهم يقتضى أن الخلاف فى جواز الاخذ وحله وهو الظاهر (ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما فى الشاة) لكن هذا قياس معارض بما روى أصحاب الكتب الستة كلهم عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهنى قال جاء رجل يسأل النبى صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها قلت فضالة الغنم قال هى لك أو لاخيك أو للذئب وفى الصحيح قال خذها فانما هى لك أو لاخيك أو للذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر فذرها حتى يجدها ربها وروى أبو داود عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقره حتى توارت فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يؤوى الضالة الا ضال وقال صلى الله عليه وسلم ان ضالة المسلم حرق النار رواه الجماعة أجاب فى المبسوط بأن ذلك كان اذ ذاك لغلبة أهل الصلاح والامانة لا تصل اليها يد خائنة فاذا تركها وجدها وأما فى زماننا فلا يأمن وصول يد خائنة اليها بعده ففى أخذها احياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى ومقتضاه أنه ان غلب على ظنه ذلك أن يجب الالتقاط وهذا أحق فانا نقطع بأن مقصود الشارع وصولها الى ربها وان ذلك طريق الوصول فاذا تغير الزمان وصار طريق التلف فحكمه عنده بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ والرد وأقصى ما فيه أن يكون عاماً فى الاوقات خص منها بعض الاوقات بضرورة العقل من الدين لو لم يتأيد بحديث عن عياض بن حماد أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الضالة فقال عرفها فان جاء ربها والا فهى مال الله يؤتيه من يشاء فتأيد به زيادة بعد عموم الوجه (قوله فان أنفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك) أى عن ان يشغلها بالدين بلا أمره (وان أنفق بأمره كان ديناً عليه لان للقاضى ولاية فى مال الغائب نظراً له وقد يكون النظر فى الانفاق على ما نبين) الآن (فاذا رفع الى الحاكم فان كان للبهيمة منفعة) وثم من يستأجرها (آجرها وأنفق عليها من أجرتها لان فيه ابقاء

العين قائمة فى يد الفقير أو هالكة فان كانت قائمة أخذها وان كانت هالكة فان شاء ضمن الملتقط وان شاء ضمن الفقير وأيهما ضمنه لا يرجع على صاحبه بشئ فان كلا منهما ضامن بفعله الملتقط بالتسليم بغير اذن المالك والفقير بالتسلم بدونه لا يقال الفقير مغرور من جهة الملتقط فيرجع عليه لان التغرير اذا لم يكن فى ضمن عقد لا يوجب شيأ وقوله (ويجوز الالتقاط فى الشاة والبقر والبعير) ظاهر سوى ألفاظ نذكرها وقوله (والاباحة) أى اباحة الاخذ وقوله (واذا كان معها) أى مع اللقطة ما تدفع به عن نفسها يعنى ما يهلكها كالقرن فى البقر وزيادة القوة فى البعير بكدمه ونفحه وكذلك فى الفرس وقوله (فيقضى بالكراهة) أى كراهة الاخذ

(قوله لأن التغرير اذا لم يكن فى ضمن عقد لا يوجب شيأ) أقول لعل المراد عقد المعاوضة (قوله فى البعير بكدمه ونفحه) أقول الكدم العض بأدنى الفم والنفح بالحاء المهملة الضرب بالرجل

وقوله (وفي هذا نظر من الجانبين) أي من جانب المالك بابقاء عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما أنفق على اللقطة وقوله (فاذا لم يظهر يأمر ببيعها) قيل فاذا أمر ببيعها فبيعت أعطى القاضي من ذلك الثمن ما أنفق بأمره في اليومين والثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم للقاضي فيعينه على أخذ حقه لان الغريم اذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه فكان للقاضي أن يعينه على ذلك وقوله (وفي الاصل شرط اقامة البينة) يعني أن الملتقط يقيم البينة على أن هذه الدابة لقطة عنده فان قيل البينة انما تقام على المدعى عليه المنكر وليس بموجود ههنا أجاب بقوله (وليست تقام للقضاء)

أي هذه البينة تقام لاستكشاف الحال بأنه لقطة لا للقضاء على المدعى عليه وقوله (وان قال لا بينة لي) أي الملتقط قال لا بينة لي على أنها لقطة عندي ولكنها لقطة يقول القاضي للملتقط أنفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت وانما يقول بهذا الترديد حذرا عن لزوم أحد الضررين لانه لو أمر قطعا تضرر المالك بسقوط الضمان على تقدير الغصب ولو لم يأمر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة وقد أنفق عليها وقوله (اذا شرط القاضي الرجوع على المالك) متصل بقوله انما يرجع أي انما يرجع الملتقط على المالك اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه هي الرواية التي ذكرناها في مسائل اللقيط بقوله والاصح أن يأمر القاضي الملتقط بالانفاق على أن يكون دينا على اللقيط فحينئذ يرجع على اللقيط والا فلا فهذا احتراز عن قول بعض أصحابنا ان مجرد أمر القاضي بالانفاق عليه يكفي للرجوع

العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق (وان لم تكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها) ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة (وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها) لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة قال رضي الله تعالى عنه وفي الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل أن يكون غصبا في يده فلا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست البينة تقام للقضاء وان قال لا بينة لي يقول القاضي له أنفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى أنه انما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية وهو الاصح

العين على ملك مالكها بلا الزام دين عليه وكذا يفعل بالعبد الآبق وان لم تكن لها منفعة) أو لم يجد منه من يستأجرها (وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة) فان الثمن يقوم مقام العين اذ يصل به الى مثله في الجملة (وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن له (في ذلك وجعل النفقة دينا عليه) اذ (فيه نظر من الجانبين) جانب المالك بابقاء عين ماله وجانب الملتقط بالرجوع (قال المشايخ انما يأمر بالانفاق يومين أو ثلاثة على قدر ما يرجى أن يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة للعين معنى بل ربما تذهب العين و يفضل الدين على مالكها ولا نظر في ذلك أصلا بل ينبغي ان لا ينفذ من القاضي ذلك لو أمر به للتيقن بعدم النظر واذا باعها أعطى الملتقط من ثمنها ما انفق في اليومين أو الثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين عليه بعلم القاضي وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه والقاضي أن يعينه عليه ولو باعها بغير أمر القاضي لا ينفذ و يتوقف على اجازة المالك فان جاء وهي قائمة في يد المشتري فان شاء أجاز البيع وان شاء أبطله وأخذها من يده وان جاء وهي هالكة فان شاء ضمن المشتري قيمتها وان شاء ضمن البائع فان ضمن البائع نفذ البيع لانه ملك اللقطة من حين أخذها وكان الثمن للبائع و يتصدق بما زاد على القيمة (وفي الاصل) يعني المبسوط (يشترط البينة) فانه قال فان كان رفعها الى القاضي وأقام بينة أنه التقطها أمره أن ينفق وصححه المصنف (لانه يحتمل انه غصبها ولا يأمر بالنفقة الا في الوديعة) وهذه البينة (لكشف الحال) أي لينكشف للقاضي أنه التقطها لا للقضاء فلا يحتاج الى خصم له ذكره في المبسوط وفي الذخيرة الامام خصم فيها عن صاحبها (وان قال) الملتقط (لا بينة لي يقول له أنفق عليها ان كنت صادقا) وفي الذخيرة يقول له ذلك بين يدي الثقات بأن يقول أمرته بالبيع أو الانفاق ان كان الامر كما قال (وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها) اشارة الى أنه انما يرجع (اذا شرط القاضي) ذلك (وهذا رواية وهو الاصح) وقيل يرجع بمجرد أمره وقدم في اللقيط

(قال المصنف وكذا يفعل بالعبد الخ) أقول قال الاتقاني أي يؤجر الآبق و ينفق عليه من أجرته قال في خلاصة الفتاوى لو احتاجت اللقطة الى النفقة ينفق بأمر القاضي والاولى ان أمره القاضي بأن يؤجر البعير والثور فينفق عليه من غلته ثم قال والعبد الضال كذلك ثم قال والآبق لا يؤاجر فان تطاولت المدة فالاولى أن يبيعه انتهى وعلله في المحيط بأنه لا يأمن أن يأبق ثانيا (قال المصنف فلا بد من البينة لكشف الحال الخ) أقول فاندفع به ما يقال البينة لا تقبل من غير خصم حاضر فان اشتراط الخصم في البينة يقام للقضاء لا فيما يقام لكشف الحال (قوله يقول القاضي للملتقط) أقول يعني عند الثقات

قال (واذا حضر يعنى المالك) كلامه ظاهر وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه حى بنفقته يقال نشدت الضالة أى عرفتها وأنشدتها أى طلبتها ومعنى الحديث الذى ذكره الشافعى رحمه الله لا تحل لقطة مكة الا لمنشدها أى طالبها وهو المالك عنده والمعرف عندنا العفاص وهو الوعاء الذى تكون فيه النفقة من جلد او خرقة او غير ذلك والوكاء الرباط يقال أوكى السقاء شده بالوكاء وهو الرباط الذى يشد به وقوله (ابقاء ملك المالك من وجه) يعنى من حيث تحصيل الثواب (فيملكه كما فى سائرها) أى فى سائر اللقطات (وتأويل ما روى) من قوله عليه الصلاة والسلام لا تحل لقطتها الا لمنشدها أى لا يحل التقاطها الا للتعريف فان قيل ما وجه تخصيص هذا المعنى بالحرم أجاب بقوله (والتخصيص بالحرم) وبيانه ان مكة شرفها الله تعالى مكان الغرباء لان الناس يأتون اليها من كل فج عميق ثم يتفرقون بحيث يندر الرجوع اليها فالظاهر انها للغرباء لا يظن عودهم فى سنة وأكثر فينبغى ان يسقط التعريف لعدم الفائدة فأزال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم بقوله لا يحل رفع لقطتها الا لمعرفها كما هو الحكم فى غيرها من البلاد

قال (واذا حضر) يعنى (المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة) لانه حى بنفقته فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع وأقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه فى يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن قال (ولقطة الحل والحرم سواء) وقال الشافعى يجب التعريف فى لقطة الحرم الى أن يجىء صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام فى الحرم ولا يحل لقطتها الا لمنشد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولأنها لقطة وفى التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما فى سائرها وتأويل ما روى انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا

(واذا حضر المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حى بنفقته فصار كأنه استفاد الملك منه فأشبه المبيع وأقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا) من التشبيه بالمبيع (ولا يسقط دين النفقة بهلاكه فى يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس كالرهن) من حيث تعلق حقه به كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من ماله له أن يرجع على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط عن الموكل ولو هلك بعده سقط لانه كالرهن بعد اختيار الحبس هكذا ذكره المصنف ولم يحك خلافا وحافظ الدين فى الكافى أيضا فيفهم أنه المذهب وجعل القدورى هذا قول زفر قال فى التقريب قال أصحابنا لو أنفق على اللقطة بأمر القاضى وحبسها بالنفقة فهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لانها دين غير بدل عن عين ولا عن عمل منه فيها ولا يتناولها أى العين عقد يوجب الضمان وصرح فى الينابيع بعدم السقوط عن علمائنا الثلاثة فقال لو انفق الملتقط على اللقطة بأمر الحاكم وحبسها ليأخذ ما أنفق عليها فهلكت لم تسقط النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر وحاصل الوجه المذكور فى التقريب نفى الحكم أعنى السقوط لعدم دليل السقوط فان الدين ثابت وليست العين الملتقطة رهنا ليسقط بهلاكها اذ لم يتناولها عقد الرهن والمصنف أوجد الدليل وهو الالحاق بالرهن وان لم يكن من حقيقته لكن النقل كما رأيت وأما ما نقل عن أبى يوسف أنه ليس له حبسها أصلا فأبلغ (قوله ولقطة الحل والحرم سواء) وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى قول وفى قول يعرفها أبدا حتى يجىء صاحبها الا حكم لها سوى ذلك من تصدق ولا تملك لقوله صلى الله عليه وسلم فيما ثبت فى الصحيحين من حديث أبى هريرة رضى الله عنه لما فتح الله مكة قام النبى صلى الله عليه وسلم فى الناس فحمد الله وأثنى عليه وقال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانها لم تحل لاحد قبلى وانما أحلت لى ساعة من نهار وانها لا تحل لاحد بعدى لا ينفر صيدها ولا يختلى شوكها ولا تحل ساقطتها الا لمنشد الحديث المنشد المعرف والناشد الطالب قال المثقب

يصيخ للنبأة اسماعه * اساخة المنشد للناشد

ويروى يصيخ وهو بمعناه فالفعل من الاول أنشد الضالة ينشدها وأنشدها انشادا اذا عرفتها ومن الثانى نشدتها أنشدها نشدا ونشدانا بكسر النون اذا طلبتها (ولنا اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم) فى حديث زيد بن خالد الجهنى وغيره وسئل عن اللقطة فقال (اعرف عفاصها) أى وعاءها من جلد أو خرقة ونحوها (ووكاءها) أى رباطها الذى شدت به وعرفها سنة وتقدم فاما أن يقضى العام على الخاص

(قوله اشارة الى قوله لانه حى بنفقته الخ) أقول فيه تأمل بل هو اشارة الى قوله كأنه استفاد الملك من جهته (قوله يقال نشدت الضالة أى عرفتها) أقول فى الصحاح نشدت الضالة أنشدها نشدة ونشدانا أى طلبتها وأنشدتها أى عرفتها وأما قول أبى دواد

ويصيخ أحيانا كما استمع المضل لصوت ناشد

واما فهو المعرف ههنا ويقال هو الطالب لأن المضل يشتهى أن يجد مضلا مثله ليتعزى به اه ففى تقرير الشارح قصور لا يخفى وقوله والمعرف عندنا لا يلائم ما سبق حيث لم يبين فى الانشاد معنى التعريف قال المصنف (لقوله عليه الصلاة والسلام فى الحرم ولا تحل لقطتها الا لمنشدها) أقول معناه على الدوام والا لم تظهر فائدة التخصيص (قال المصنف لا يحل الالتقاط الا للتعريف) أقول ففى الحديث حذف المضاف

وقوله (لهما) أى لمالك والشافعى رحمهما الله حاصله ان الملتقط منازع من وجه دون وجه فيكتفى فى الجنبذ كر الوصف ولا يحتاج الى اقامة البينة (ولنا ان اليد حق مقصود كالملك) بدليل وجوب الضمان فى غصب المدبر باعتبار ازالة اليد لانه غير قابل للنقل ملكا وقوله (وهذا) أى هذا الحديث الامر فيه وهو قوله فادفعها (للاباحة) أى وجب حمله على الاباحة (لاجل العمل بالمشهور) وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر فانه لولم يحمل على الاباحة وحمل على الوجوب لزم التعارض المستلزم للترك ولقائل أن يقول الحمل على الاباحة عملا بالمشهور يستلزم عدم جواز الرفع أيضا لان انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز والجواب أن الشافعى رحمه الله تعالى لم يقل بانتفاء الجواز لانتفاء الوجوب والمصنف رحمه الله تعالى ههنا فى مقام الرفع فجاز أن يدفعه على طريق يلتزمه الخصم وقوله (بخلاف الكفيل لوارث غائب عنده)

(قال المصنف العلامة) أقول أى اعطاء العلامة على حذف المضاف (قوله لأن انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز) أقول ذلك عندنا فى النسخ وما نحن فيه من قبيل التعارض (قوله والجواب أن الشافعى الخ) أقول وفيه أنه لابد لنا من المخلص عن ذلك على رأينا فما هو (قوله قال المصنف وهذا بلاخلاف) أقول قال الاتقانى وقال فى فصل القضاء بالمواريث فيه روايتان والاصح أنه على الخلاف على قول أبى حنيفة لا يأخذ الكفيل خلافا لصاحبيه ونفى الخلاف هنا مع اثباته فى فصل القضاء كلام متناقض من صاحب الهداية انتهى قال الشارح أكمل الدين هذا اذا دفع اللقطة بذكر العلامة أما اذا دفعها باقامة الحاضر البينة على انها له ففى أخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح انه لا يأخذ كفيلا انتهى فاندفع التناقض

(واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك فى القضاء) وقال مالك والشافعى رحمهما الله تعالى يجبر والعلامة مثل أن يسمى وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما ان صاحب اليد ينازعه فى اليد ولا ينازعه فى الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا تشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه الصلاة والسلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلاخلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده

واما أن يتعارضا فيحمل كل على محمل وهو أولى لكن لا تعارض لانه معناه لا يحل الالتقاط الا لمن يعرف ولا يحل لنفسه وتخصيص مكة حينئذ لدفع وهم سقوط التعريف بها بسبب أن الظاهر ان ما وجد بها من لقطة فالظاهر أنه للغرباء وقد تفرقوا فلا يفيد التعريف فيسقط كما يسقط فيما يظهر اباحته فبين عليه الصلاة والسلام أنها كغيرها من البلاد فى وجوب التعريف وقد ثبت فى صحيح مسلم أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعنى يتركها حتى يجىء صاحبها ولا عمل على هذا فى هذا الزمان لفشو السرقة بمكة من حوالى الكعبة فضلا عن المتروك والاحكام اذا علم شرعيتها باعتبار شرط ثم علم ثبوت ضده متضمنا مفسدة بتقدير شرعيته معه علم انقطاعها بخلاف العلم بشرعيتها بالسبب اذا علم انتفاؤه ولا مفسدة فى البقاء فانه لا يلزم ذلك كالرمل والاضطباع فى الطواف لاظهار الجلادة (قوله واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك بالقضاء وعند مالك والشافعى) وأحمد (يجبر) واعطاء علامتها أن يخبر عن وزنها وعددها ووكائها ويصيب فى ذلك والحق أن قول الشافعى كقولنا والموجب للدفع مالك وأحمد واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم فى حديث أبى بن كعب عرفها فان جاء أحد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها فأعطه إياها والا فاستمتع بها وأخرجه أيضا عن زيد بن خالد الجهنى وفيه فان جاء صاحبها وعرف عفاصها ووكاءها وعددها فاعطها اياه والا فهى لك وأيضا (فان صاحب اليد) وهو الملتقط (انما ينازعه فى اليد لا فى الملك) لانه لا يدعيه فكانت منازعته من وجه دون وجه فيشترط ما هو حجة من وجه لا من كل وجه وفى الوصف المطابق ذلك فاكتفى به (ولا يشترط البينة لعدم منازعته) من الوجهين جميعا (ولنا أن اليد حق مقصود كالملك) حتى ان غاصب المدبر يضمن قيمته ولم يفوت غير اليد فيكون مثله لا يستحق الا بالبينة غير أنا أبحنا له الدفع عند اصابة العلامة بالحديث الذى رووه بناء على أن الامر فيه للاباحة جمعا بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على من أنكر ويأتى ان شاء الله تعالى فى الدعوى والمدعى هنا صاحب اللقطة فعليه البينة ثم اذا دفعها بالعلامة فقط يأخذ منه كفيلا استيثاقا قال المصنف (وهذا بلاخلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده)

واذا صدق قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة اذا صدقه وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا ولا يتصدق باللقطة على غنى لان المأمور به هو التصدق لقوله عليه الصلاة والسلام فان لم يأت يعنى صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غنى فأشبه الصدقة المفروضة (وان كان الملتقط غنيا لم يجز له أن ينتفع بها)

أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيما اذا قسمت التركة بين الغرماء أو الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عنده وعندهما يؤخذ والفرق لابى حنيفة ان حق الحاضر هنا غير ثابت فيمكن أن يكون المالك غيره فيجىء ويتوارى الآخذ فيحتاط بالكفيل بخلاف الميراث فان حق الحاضر معلوم ثابت وكون غيره أيضا له حق أمر موهوم فلا يجوز تأخير الحق الثابت الى زمان تحصيل الكفيل بحق موهوم وهذا يدل على أن دفع الملتقط لو كان بالبينة لا يأخذ كفيلا وهو الصحيح وذكر فى جامع قاضيخان ان فيه روايتين والصحيح انه لا يأخذ وأورد على المصنف انه نفى الخلاف فى التكفيل فى اللقطة وقال فى فصل القضاء بالمواريث فيه أى فى أخذ الكفيل عند رفع اللقطة روايتان والاصح انه على الخلاف على قول أبى حنيفة لا يأخذ وعلى قولهما يأخذ هذا اذا دفعه بمجرد العلامة فان صدقه مع العلامة أو لا معها فلا شك فى جواز دفعه اليه لكن هل يجبر قيل يجبر كما لو أقام بينة وقيل لا يجبر كالوكيل بقبض الوديعة اذا صدقه المودع لا يجبره القاضى على دفعها اليه ودفع بالفرق (بأن المالك هنا غير ظاهر) أى المالك الآخذ لهذه اللقطة التى صدق الملتقط مدعيها غير ظاهر والمودع فى مسئلة الوديعة مالك ظاهر وانما أقر للحاضر بحق قبضها واقراره بحق قبض ملك الغير لا يلزمه اقباضه لانه اقرار على ملك غيره واذا دفع بالتصديق أو بالعلامة وجاء آخر أقام البينة انها له ان كانت قائمة فى يد المدعى قضى له بها وهو ظاهر وان كان هالكا خير بين أن يضمن القابض أو الملتقط فان ضمن القابض لا يرجع على أحد وان ضمن الملتقط ففى رواية لا يرجع على القابض وهو قول الامام أحمد فيما اذا كان الدفع بتصديقه وفى رواية يرجع وهو الصحيح وجه قول أحمد أن الملتقط اعترف بانه مالكها وصاحب البينة ظلمه بتضمينه فلا يظلمه هو وصار كالمودع اذا صدق الوكيل بالقبض ودفع اليه ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمنه لا يرجع على الوكيل لزعمه ان الوكيل قبضه بأمره والمودع ظالم فى تضمينه ولنا انه وان صدقه فى الملك لكنه لما قضى بالملك للمدعى بالبينة فقد صار مكذبا شرعا بتكذيب القاضى فبطل اقراره وصار كانه دفع بلا تصديق ثم ظهر الامر بخلافه وصار كاقرار المشترى بالملك للبائع اذا استحقه غيره ببينة فقضى له به يرجع على البائع ومثل هذا يجرى فى اقراره بأنه وكيل المودع والذى فرق به فى المبسوط أن فى زعم المودع أن الوكيل عامل لغيره وهو المودع فى قبضه له بأمره وليس بضامن بل المودع ظلمه فى تضمينه اياه ومن ظلم لا يظلم غيره وهنا فى زعمه أن القابض عامل لنفسه وأنه ضامن اذا ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن انتهى (قوله ولا يتصدق باللقطة على غنى لان المأمور به هو الصدقة لقوله صلى الله عليه وسلم فان لم يأت يعنى صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غنى فأشبه الصدقة المفروضة) والحديث الذى ذكره هو ما رواه البزار فى مسنده والدارقطنى عن يوسف بن خالد السمتى حدثنا زياد بن سعد عن سمى عن أبى صالح عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيأ فليعرفه سنة فان جاء صاحبه فليؤده اليه وان لم يأت فليتصدق به فان جاء فليخيره بين الاجر وبين الذى له وفيه يوسف بن خالد السمتى وليس للملتقط اذا كان غنيا أن يتملكها بطريق القرض الا باذن الامام وان كان فقيرا فله أن يصرفها الى نفسه صدقة لا قرضا فيكون فيه للمالك أجر الصدقة تحقيقا للنظر من الجانبين جانب المالك بحصول الثواب له وجانب الملتقط كما لو كان الفقير غير الملتقط ولهذا جاز دفعها الى فقير غير الملتقط وان كان أبا الملتقط أو ابنه أو زوجته (وان كان الملتقط غنيا لما ذكرنا)

أى عند أبى حنيفة رحمه الله وانما اورد الضمير عليه وان لم يسبق له ذكر لشهرة حكم تلك المسئلة هذا اذا دفع اللقطة بذكر العلامة أما اذا دفعها باقامة الحاضر البينة على انها له ففى أخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح انه لا يأخذ كفيلا وقوله (لان المالك ههنا غير ظاهر) يعنى لجاز أن يكون المالك هو الذى حضر فلما أقر الملتقط بانه هو المالك كان اقراره ملزما للدفع اليه (وأما المودع فانه مالك ظاهرا) فبالاقرار بالوكالة لا يلزمه الدفع اليه لانه غير مالك بيقين ثم فى الوديعة اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك فى يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع على الوكيل بشئ وههنا للملتقط ان يرجع على القابض لان هناك فى زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع فى قبضه له بأمره وانه ليس بضامن بل المودع ظالم فى تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وههنا فى زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعدما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن بهذا كذا فى المبسوط

وقال الشافعي يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي رضي الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه أو بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبي رضي الله عنه كان باذن الامام وهو جائز باذنه (وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بأن ينتفع بها) لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره (وكذا اذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته وان كان هو غنيا) لما ذكرنا والله أعلم

من تحقيق النظر من الجانبين وقال الشافعي له أن يتملكها وان كان غنيا بطريق القرض غير مفتقر الى اذن الامام (لقوله صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فاستمتع بها) قالوا (وأبي كان من المياسير) بدليل ما في بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم قال والا فهي كسبيل مالك فقد جعل له مالا قلنا هذه الرواية ليس فيها أن الخطاب لأبي فانها كما في مسلم عن أبي بن كعب رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اللقطة عرفها سنة فان جاء أحد الى أن قال فهي كسبيل مالك وظاهر هذا أنه يحكي قوله لسائل يسأله وجاز كون ذلك كان فقيرا ثم هنا ما يدل على فقر أبي في زمنه صلى الله عليه وسلم وهو ما في الصحيحين عن أبي طلحة قلت يا رسول الله ان الله تعالى يقول لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وان أحب أموالي الي بيرحاء فماترى يا رسول الله فقال اجعلها في فقراء قرابتك فجعلها أبو طلحة في أبي وحسان وهذا صريح في أن أبيا كان فقيرا لكنه يحتمل انه أيسر بعد ذلك الا أن قضايا الاحوال اذا تطرق اليها الاحتمال سقط بها الاستدلال وأما ما في حديث زيد بن خالد جاء رجل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف الى أن قال والا فشأنك بها وفي رواية فهي لك فهو أيضا من قضايا الاحوال المتطرق اليها الاحتمال اذ يجوز كون السائل فقيرا ولو سلم أن الخطاب لأبي لا يخرج عن قضايا الاحوال ذات الاحتمال اذ المال لا يلزم كونه نصابا وكونه خاليا عن الدين لو كان نصابا لجاز كونه أقل من نصاب وكونه مديونا قالوا لو كانت اللقطة لا تحل للملتقط الا بطريق الصدقة فيمتنع اذا كان غنيا لما أكلها علي رضي الله عنه وهو لا تحل له الصدقة وقد أمره صلى الله عليه وسلم بأكلها فيما أخرج أبو داود عن سهل بن سعد أن علي بن أبي طالب دخل على فاطمة وحسن وحسين يبكيان فقال ما يبكيكما قالت الجوع فخرج علي رضي الله عنه فوجد دينارا بالسوق فجاء فاطمة فأخبرها فقالت اذهب الى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقا فجاء اليهودي فقال اليهودي أنت ختن هذا الذي يزعم أنه رسول الله قال نعم قال فخذ دينارك والدقيق لك فخرج علي فأخبر فاطمة فقالت اذهب الى فلان الجزار وخذ لنا بدرهم لحما فذهب فرهن الدينار بدرهم بلحم فعجنت وخبزت وأرسلت الى أبيها فجاءهم فقالت يا رسول الله أذكر لك فان رأيته حلالا لنا أكلناه من شأنه كذا وكذا فقال كلوا باسم الله فأكلوا فبينما هم مكانهم اذا غلام ينشد الله والاسلام الدينار فأمر النبي صلى الله عليه وسلم به فدعي فسأله فقال سقط مني في السوق فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا علي اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لك أرسل الي بالدينار ودرهمك علي فأرسل به فدفعه صلى الله عليه وسلم الى الغلام قلنا هذا الحديث تكلم فيه باعتبار تضمنه انفاقه قبل التعريف فدل على ضعفه وقول المنذري ولعل تأويله أن التعريف ليس له صيغة يعتد بها فمراجعته لرسول الله صلى الله عليه وسلم على ملا من الخلق إعلان به وهذا يؤيد

وقوله تعالى ولا تعتدوا وقوله فمن اعتدى عليكم (قوله والاباحة للفقير لما رويناه) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام فليتصدق به (قوله والغني محمول على الأخذ) جواب عن قوله ولأنه انما يباح للفقير حملا له على رفعها (قوله وانتفاع أبي) جواب عن استدلاله بحديث أبي رضي الله عنه وقوله (وهو جائز) أي الانتفاع للغني جائز باذن الامام لانه في محل مجتهد فيه وقوله (لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين) يعني نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين والله أعلم

قال المصنف (وهو جائز باذنه) أقول قال الاتقاني أي الانتفاع باللقطة بعد المدة جائز عند الغني باذن الامام على وجه يكون قرضا لوقوعه في محل مجتهد فيه فان الانتفاع للغني يجوز عند الشافعي انتهى وفيه بحث (قوله أي الانتفاع للغني الى قوله في محل الخ) أقول فيه بحث فان خلاصة استدلال الشافعي أنه لو لم يجز أن ينتفع بها الغني لما أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لأبي بن كعب رضي الله عنه به اذ هو مبعوث لبيان الشرائع ولا جواب عن ذلك فيما ذكر ولا معنى لابتناء اجازته عليه الصلاة والسلام على اجتهاد آحاد الأمة فليتأمل

﴿كتاب الاباق﴾

(الآبق أخذه أفضل فى حق من يقوى عليه) لمافيه من احيائه وأما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه أفضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتى به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا رفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال

الاكتفاء فى التعريف بمرة غير ظاهر فانه لم يذكر لمه ذلك الابعد ان اشتروا وخبزوا واحضر وه صلى الله عليه وسلم على الاكل ثم يجب الحكم بأن عليا عرفه قبل أن يأتى به فاطمة وان لم يذكر وقد رواه عبد الرزاق واسحق بن راهويه والبزار وأبو يعلى الموصلى وفيه انه أتى به النبى صلى الله عليه وسلم فقال عرفه ثلاثة أيام فعرفه فلم يجد من يعرفه فرجع فأخبر النبى صلى الله عليه وسلم فقال شأنك به وفيه دليل لمختار شمس الائمة من أن التقدير بحول وغيره ليس بلازم بل الى أن تسكن نفسه الى أن طالبه قطع نظره عنه وفى سنده أبو بكر بن عبد الله قال البزار على الظن هو عندى أبو بكر بن عبد الله بن أبى سبرة وهو لين الحديث وقال عبد الحق هو متروك والحق أن الحديث ضعيف من جهة الرواية ومن جهة الاضطراب لان مافى الرواية الاولى من انهم انما أعلموه بعد أن اشتروا وصار مهيأ للاكل يناقض مافى الثانية من أنه أعلمه فأمره بتعريفه ثم أمره بأخذه وفى الاولى أنه دفع عينه للمنشد وفى الثانية أنه جعله دينا عليه وقال اذا جاءنا أديناه اليك وغير ذلك والاضطراب موجب للضعف ثم لو سلمنا حجيته كان الثابت به أن استقراضه باذن الامام جائز وليس هذا محل النزاع كما تقدم فلم يثبت بعد جواز اقتراض الملتقط الغنى فلو سلمنا ضعف حديث أبى هريرة فى الصدقة بناء على تضعيف السمتى كفانا جواز التصدق بالاجماع ثم هو يثبت أن للملتقط الغنى فيها حكما آخر ونحن نطالبه فى اثباته بالدليل ولم يتم له عليه دليل فيبقى على الانتفاء

﴿كتاب الاباق﴾

كل من الاباق واللقيط واللقطة تحقق فيه عرضة الزوال والتلف الا أن التعرض له بفعل فاعل مختار فى الاباق فكان الانسب تعقيب الجهاد به بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الاولى فيه وفى اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب والاباق فى اللغة الهرب أبق يأبق كضرب يضرب والهرب لا يتحقق الا بالقصد فلا حاجة الى ما قيل هو الهرب قصدا ثم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مفيدا والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق اليه (قوله الآبق أخذه أفضل) من تركه (فى حق من يقوى عليه) أى يقدر على حفظه حتى يصل الى مولاه بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم فى هذا خلاف ويمكن أن يجرى فيه التفصيل فى اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلفه على المولى ان لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب أخذه والافلا واختلف فى أخذ الضال قيل أخذه أفضل لمافيه من إحياء النفوس والتعاون على البر (وقيل تركه أفضل لانه لا يبرح مكانه) منتظرا لمولاه حتى يجده ولا يخفى أن انتظاره فى مكان غير متزحزح عنه ليس بواقع بل نجد الضلال يدورون متحيرين ثم لاشك فى أن محل هذا الخلاف اذا لم يعلم واجد الضال مولاه ولا مكانه أما اذا علمه فلا ينبغى أن يختلف فى أفضلية أخذه ورده (قوله ثم آخذ الآبق يأتى به الى السلطان) أو القاضى فيحبسه منعا له عن الاباق لانه لا يستطيع حفظه عن إباقه من الآخذ الا بذلك عادة بخلاف اللقطة أما لو فرض قدرته على ذلك لا يحتاج الى السلطان وبهذا الاعتبار خيره الحلوانى بين أن يأتى به الى السلطان أو يحفظه بنفسه وعلى هذا الضال والضالة من الابل وغيرها واذا حبس الامام الآبق فجاء رجل وادعاه وأقام

﴿كتاب الاباق﴾

قال صاحب النهاية رحمه الله هذه الكتب أعنى اللقيط واللقطة والاباق والمفقود كتب يجانس بعضها بعضا من حيث ان فى كل منها عرضة الزوال والهلاك والاباق هو الهرب والآبق هو الهارب من مالكه قصدا (والآبق أخذه أفضل فى حق من يقوى) أى يقدر (عليه لمافيه من احيائه) اذ الآبق هالك فى حق المولى فيكون الرد احياء له (وأما الضال) هو الذى لم يهتد الى طريق منزله من غير قصد فقيل انه كذلك وقيل تركه أفضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتى به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه) وهذا اختيار شمس الائمة السرخسى وأما اختيار شمس الائمة الحلوانى فهو ان الراد بالخيار ان شاء حفظه بنفسه وان شاء دفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار وقوله (ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه) ظاهر

﴿كتاب الآباق﴾

قال (ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه) وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له شئ الا بالشرط وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لانه متبرع بمنافعه فأشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل

بينة أنه عبده يستحلفه بالله أنه باق الى الآن فى ملكك لم يخرج ببيع ولا هبة فاذا حلف دفعه اليه وهذا لاحتمال أنه عرض بعد علم الشهود بثبوت ملكه على وجه زواله بسبب لا يعلمونه وانما يستحلفه مع عدم خصم يدعى لصيانة قضائه عن الخطا ونظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر أو موهوب له ثم اذا دفعه اليه عن بينة ففى أولوية أخذ الكفيل وتركه روايتان وكما يدفعه بالبينة يدفعه باقرار العبد أنه له ويأخذ من المدفوع اليه هنا كفيلا رواية واحدة وينفق عليه مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذه من صاحبه فيرده فى بيت المال بخلاف اللقيط لا يؤخذ منه اذا كبر مال بيت المال لانه كان مستحقا له بفقره وعجزه عن الكسب بخلاف مالك العبد واذا لم يجئ للعبد طالب وطالت مدته باعه القاضى وأمسك ثمنه بعد أخذ ما أنفق لبيت المال منه فاذا جاء مالكه وأقام بينة وهو قائم فى يد المشترى لا يأخذه ولا ينقض بيع القاضى لانه كحكمه بخلاف الضال اذا طالت مدته فانه يؤاجره وينفق عليه من أجرته لانه لا يخشى اباقه فلا يبيعه أما الآبق فيخشى ذلك منه فلذلك يبيعه ولا يؤاجره وينبغى أن يقدر الطول بثلاثة أيام كما تقدم فى الضالة الملتقطة لان دارة النفقة مستأصلة ولا نظر فى ذلك للمالك بحسب الظاهر (قوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما) فضة بوزن سبعة مثاقيل (وان رده لاقل) من مسيرة سفر (فبحسابه وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له شئ الا بالشرط) بأن يقول من رد على عبدى فله كذا كما اذا رد بهيمة ضالة أو عبدا ضالا وجه القياس أن الراد تبرع بمنافعه فى رده ولو تبرع بعين من أعيان ماله لا يستوجب شيأ فكذا هذا وقولنا قول مالك وأحمد فى رواية قال المصنف فى وجه الاستحسان (ولنا اجماع الصحابة على أصل الجعل الا أن منهم من أوجب الاربعين ومنهم من أوجب مادونها) وذلك أنه ظهر الفتوى به من غير واحد من حيث لا يخفى فلم ينكره أحد وذلك أن محمدا رحمه الله روى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن أبى عمرو الشيبانى قال كنت قاعدا عند عبد الله بن مسعود فجاء رجل فقال ان فلانا قدم باباق من الفيوم فقال القوم لقد أصاب أجرا قال عبد الله وجعلا ان شاء الله من كل رأس أربعين وروى أبو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه أيضا وروى عبد الرزاق فى مصنفه قال أخبرنا سفيان الثورى عن أبى رباح عبد الله بن رباح عن أبى عمرو الشيبانى قال أصبت غلمانا أباقا بالعين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الاجر والغنيمة قلت هذا الاجر فما الغنيمة قال أربعون درهما من كل رأس وروى ابن أبى شيبة حدثنا محمد بن يزيد عن أيوب عن أبى العلاء عن قتادة وأبى هاشم أن عمر رضى الله عنه قضى فى جعل الآبق أربعين درهما وروى أيضا عن وكيع حدثنا سفيان عن أبى اسحق قال أعطيت الجعل فى زمن معاوية أربعين درهما وروى أيضا عن يزيد بن هرون عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب أن عمر رضى الله عنه جعل فى جعل الآبق دينارا أو اثنى عشر درهما وروى أيضا عن يزيد بن هرون عن حجاج عن حصين عن الشعبى عن الحرث عن على رضى الله عنه أنه جعل فى جعل الآبق دينارا أو اثنى عشر درهما وأخرج هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى العبد الآبق يوجد فى خارج الحرم بدينار أو عشرة دراهم وهذا حديث مرفوع مرسل والمفهوم من خارج الحرم فى المتبادر القرب لا قدر مسيرة سفر عنه وعن هذا روى عمار ان أخذه فى المصر فله عشرة وان أخذه خارج المصر فله أربعون لعله اعتبر الحرم كالمكان

وقوله (ولنا ان الصحابة رضى الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل

الا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب مادونها) قال عمر رضى الله عنه فى جعل الآبق دينارا أو اثنا عشر درهما وقال على رضى الله عنه فى جعل الآبق دينارا وعشرة دراهم وقال ابن مسعود رضى الله عنه أربعون درهما وقال عمار بن ياسر رضى الله عنه ان رده فى المصر فله عشرة دراهم وان رده فى خارج المصر استحق أربعين (فأوجبنا الاربعين فى مسيرة السفر ومادونها فيما دونه

الا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب مادونها فأوجبنا الاربعين فى مسيرة السفر ومادونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا منهما ولان ايجاب الجعل أصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة أموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع فى الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفى ويقدر الرضخ فى الرد عمادون السفر باصطلاحهما أو يفوض الى رأى القاضى وقيل تقسم الاربعون على الايام الثلاثة اذ هى أقل مدة السفر قال (وان كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته الادرهما) قال رضى الله عنه وهذا قول محمد وقال أبو يوسف رحمهما الله له أربعون درهما

الواحد وقول المصنف (الا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب دونها) يريد المروى عن عمر وعلى وقد علمت الرواية عن عمر أيضا ان الجعل أربعون وسنده أحسن من الاخرى والرواية عن على مضعفة بالحرث المذكور فكانت رواية ابن مسعود أقوى الكل فرجحناها وكذا قال البيهقى فى سننه هو أمثل مافى الباب وانما يؤخذ بالاقل اذا ساوى الاكثر فى القوة وقيل انما يؤخذ به اذا لم يمكن التوفيق بين الاقاويل وهنا يمكن اذ تحمل روايات الاربعين على رده من مسيرة السفر وروايات الاقل على مادونها أو يحمل قول عمار خارج المصر على مدة السفر (والتلفيق) الضم لفقت الثوب الفقه اذا ضممت شقه الى شقه ولان نصب المقادير لا يعرف الا سماعا فكان للموقوف على الصحابة حكم المرفوع وأصحها حديث ابن مسعود فهو بعد كونه مثبتا للزيادة وزيادة العدل مقبولة راجح ولا يخفى مافى هذا (ولان ايجاب أصل الجعل حامل على الرد اذ الحسبة) وهو رده احتسابا عند الله تعالى مع مافيه من زيادة التعب والنصب نادرة فشرع للمصلحة الراجعة الى العباد من صيانة أموالهم عليهم (وتقدير الجعل انما يدرى (بالسمع ولا سمع فى الضال فامتنع) الحاقه به قياسا ودلالة أيضا لان الحاجة الى صيانة الضال فى رده دونها فى رد الآبق لما فى رده من زيادة التحفظ فى حفظه والاحتياط فى مراعاته كى لا يأبق ثانيا عما ليس فى رد الضال منه شئ ولو كان الآبق لرجلين فصاعدا فالجعل على قدر النصيب فلو كان البعض غائبا فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطى تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب الغائب فيرجع عليه لانه مضطر فيما يعطيه لانه لا يصل الى نصيبه الا به هذا كله اذا رده بلا استعانة فلو ان رجلا قال لآخر ان عبدى قد أبق فاذا وجدته فخذه فوجده فرده ليس له شئ لان مالكه استعان به ووعده الاعانة والمعين لا يستحق شيأ وقوله (ومادونه فيمادونه) أى اوجبنا مادون الاربعين فيمادون السفر وذلك لانا لما عرفنا ايجاب الجعل بكل من نقل عنه مقدار وذلك هو الواجب فاذا حملنا بعضه على مادون السفر كان ذلك حكما بالايجاب فيمادون السفر لانه ماذكر ذلك الاعلى انه واجب (قوله ويقدر الرضخ فى الرد عمادون السفر باصطلاحهما) أى المالك والراد أو يفوض الى رأى القاضى يقدره على حسب مايراه قالوا وهذا هو الاشبه بالاعتبار وقال بعض المشايخ (تقسم الاربعون على الايام الثلاثة) لكل يوم ثلاثة عشر وثلث (قوله وان كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته الادرهما) قال المصنف (وهذا قول محمد) وهو قول أبى يوسف الاول كما قال أبو يوسف آخرا (له أربعون وان كانت قيمته درهما واحدا ولم يذكر قول أبى حنيفة فى عامة كتب الفقه وذكر فى شرح الطحاوى مع محمد

توفيقا وتلفيقا) أى جمعا بين الروايات المتعارضة فان قيل كان الواجب ان يؤخذ بأقل المقادير لتيقنه أجيب بانه لم يؤخذ بالاقل لان التوفيق بين أقاويلهم ممكن بان يحمل قول من أفتى بالاقل على ما اذا رده عمادون مسيرة السفر وقول من أفتى بالاكثر على ما اذا رده من مسيرة السفر وهذا أولى لانه يعمل بكل منهما وقوله (والتقدير بالسمع) جواب عن قياس الآبق على الضال فى عدم وجوب الجعل وفى قوله (ولان الحاجة) اشارة الى نفى الالحاق دلالة لانها تقتضى التساوى بين الاصل والملحق وليس بموجود وقوله (ويقدر الرضخ) تفصيل لقوله وان رده لاقل من ذلك فحسابه فان عملوا بالقسمة كان لكل يوم ثلاثة عشر درهما وثلث درهم قيل والاشبه التفويض الى رأى الامام

قوله (أى جمعا بين الخ) أقول أى بقدر الامكان قال المصنف (ولان ايجاب الجعل أصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة) أقول المراد الحسبة المخصوصة فان فيها من التعب والنصب مالا يخفى (قوله والتقدير بالسمع) أقول قوله والتقدير مبتدأ وقوله بالسمع خبره قال المصنف (ولا سمع بالضال فامتنع) أقول لا يقال هذا لا يدل على امتناع ايجاب الأصل بل على امتناع التقدير فليكن الرأى الى السلطان لانا نقول هذا جواب عن قياس الشافعى وماذكرته يندفع بقوله ولان الحاجة الخ فتامل قال المصنف (الى صيانة الآبق) أقول قوله الى فى قوله الى صيانة الآبق الخ متعلق بالضمير فى دونها لكونها عبارة عن الحاجة

قوله (وأم الولد والمدبر في هذا) أي في وجوب الجعل (بمنزلة القن) لانهما لو كان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن وتعليل المصنف رحمه الله بقوله (لما فيه من احياء ملكه) أولى من تعليل غيره بقوله لما فيه من احياء المالية لأن أم الولد لا مالية فيها عند أبي حنيفة رحمه الله وقوله (لانهما يعتقان بالموت) باطلاقه ظاهر في أم الولد وفي حق المدبر الذي لا سعاية عليه وأما الذي عليه السعاية بأن لم يكن للمولى مال سواه فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لان المستسعى كالمكاتب عنده وحر مديون عندهما ولا جعل لراد المكاتب أو الحر (قوله ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو في عياله) أي كل واحد منهما في عياله ظاهر ولم يذكر جواب ما اذا لم يكونا في عياله والقياس أن يستحق كل من ذي الرحم المحرم الجعل اذا لم يكن في عياله لكن استحسن فقيل اذا وجد عبد أبيه وليس في عياله فلا جعل له لان رد الآبق على أبيه من جملة الخدمة وخدمة الاب مستحقة عليه فلا جعل له على ذلك وأما اذا وجد الأب عبد ابنه وليس في عياله فله الجعل لأن خدمة الابن غير مستحقة على الأب وقوله (فلا يتناولهم اطلاق الكتاب) أي القدوري وهو قوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام قال (وان أبق من الذي يرده) أي اذا أبق الآبق من الذي أخذه ليرده (فلا شئ عليه) أي لا ضمان عليه لأنه أمانة في يده (لكن هذا اذا أشهد) عند الاخذ وقد (ذكرناه في اللقطة) ان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا قال المصنف رحمه الله (وذكر في بعض النسخ) أي نسخ مختصر القدوري (لا شئ له) أي لا جعل للراد اذا أبق الآبق منه (وهو صحيح أيضا لانه) أي الراد (في معنى البائع من المالك) لان عامة منافع العبد زالت بالاباق وانما يستفيدها المولى بالرد بمال يجب عليه والبائع اذا هلك في يده المبيع سقط الثمن فكذلك ههنا يسقط الجعل واستوضح ذلك بما ذكره في الكتاب وهو واضح

لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد أن المقصود حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فينقص درهم ليسلم له شئ تحقيقا للفائدة وأم الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من إحياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق الكتاب قال (وان أبق من الذي رده فلا شئ عليه) لانه أمانة في يده لكن هذا اذا أشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ انه لا شئ له وهو صحيح أيضا لانه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له أن يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن

ولمحمد وجه أبي يوسف (أن التقدير بها ثبت بالنص) أي قول ابن مسعود وعمر ووجب اتباعهما والمراد بالنص اجماع الصحابة بناء على عدم مخالفة من سواهما او جوب حمل قول من نقص منها على ما نقص من السفر فلا ينقص عنها (ولمحمد ان المقصود) من ايجاب الجعل (حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فينقص) منه (درهم ليسلم له شئ تحقيقا للفائدة) أي فائدة ايجاب الجعل وتعيين الدرهم لان ما دونه كسور (وأم الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من إحياء ملكه) وبه تحيا ماليته له اما باعتبار الرقبة كما في المدبر أو باعتبار الكسب كما في أم الولد عنده لأنها لا مالية فيها عنده لكنه أحق باكسابها (ولو رده بعد مماته لا جعل له فيهما لانهما يعتقان بالموت) فيقع رد حر لا مملوك على مالكه وهذا في أم الولد ظاهر وكذا المدبر ان كان يخرج من الثلث لأنه يعتق حينئذ بالموت اتفاقا وان لم يخرج من الثلث فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة يصير كالمكاتب لانه يسعى في قيمته ليعتق ولا جعل في رد المكاتب لان المولى لا يستفيد برده ملكا بل استفاد بدل الكتابة فكان كرد غريم له ورد غريم لا يستحق شيأ بخلاف القن (قوله ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل) لو قيد في عياله ان رجع الى الراد أو الى الابن اقتضى أن يتقيد نفي الجعل اذا كان الراد ابنا بكونه في عيال المالك أي في نفقته ومؤنته وهو غير صحيح لان الابن لا يستوجب جعلا سواء كان في عيال أبيه المالك أو لا وجملة الحال ان الراد إن كان ولد المالك أو أحد الزوجين على الآخر والوصي لا يستحق جعلا مطلقا أما الولد فلأن الراد كالبائع من المالك من وجه وباعتباره يجب وكالاجير من وجه لانه من باب الخدمة والاب اذا استأجر ابنه ليخدمه لا يستحق عليه أجرة لأن خدمته واجبة على الابن فوجب من وجه وانتفى من وجه فلا يجب بالشك وهذا يفيد عدم الوجوب وان لم يكن في عياله فاذا كان في عياله فبطريق الاولى وأما أحد الزوجين فان كان زوجا فالقياس يجب وفي الاستحسان لا يجب لان العادة أن يطلب الزوج عبد امرأته تبرعا في العرف لانه ينتفع به والثابت عرفا كالثابت نصا وان كان زوجة فلا يجب لهذا ولان الرد بجهة الخدمة عنها منه لأنها لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد ولذا لو استأجرها لتخدمه لا يجب لها شئ وأما الوصي فانما لا يستحق الجعل برد عبد اليتيم لانه من الحفظ وشأن الوصي أن يحفظ ماله وان كان غيرهم من الاب وباقي الاقارب فان كانوا في عيال المالك لا يجب لهم شئ وان لم يكونوا في عياله وجب لهم لان العادة والعرف ان الانسان انما يطلب الآبق عن في عياله فكان التبرع منهم ثابتا عرفا وهو كالثابت نصا بخلاف ما اذا لم يكونوا في عياله لان التبرع حينئذ لم يوجد نصا ولا عرفا (قوله وان أبق من الذي رده فلا شئ عليه)

وكذا اذامات فى يده لاشئ عليه لماقلنا قال (ولوأعتقه المولى كمالقيه صارقابضا بالاعتاق) كمافى العبد المشترى وكذا اذا باعه من الرادلسلامة البدل له والردوان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلايدخل تحت النهى الواردعن بيع مالم يقبض فجاز قال (وينبغى اذا أخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده) فالاشهادحتم فيه عليه على قول أبى حنيفة ومحمد حتى لورده من لم يشهد وقت الاخذ لاجعل له عندهما لان ترك الاشهادامارة انه أخذه لنفسه وصاركما اذا اشتراه من الآخذ أواتهبه أوورثه فرده على مولاه لاجعل له لانه رده لنفسه الا اذا أشهد أنه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهومتبرع فى أداء الثمن (وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن) لانه أحيا ماليته بالرد وهى حقه اذ الاستيفا منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه

أى لاضمان على الراد وفى بعض نسخ القدورى لاشئ له أى لاجعل للراد وكل منهما صحيح (وكذا اذامات عنده) الاأن نفى الجعل يصح بلاشرط لان الجعل كالثمن والراد كالبائع للمالك لانه باباقه كالهالك من حيث فوات جميع الانتفاعات به وبالرد كانه استفاد ملكه من جهته فصار كالبائع ولذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل والبائع اذا هلك فى يده أوأبق وهو عبد سقط الثمن فكذا يسقط الجعل وانتفاء الضمان يشترط له أن يكون أشهد على قول أبى حنيفة ومحمد لانه حينئذ صارأمانة عنده كمافى اللقطة وقال أبو يوسف لاضمان عليه أشهد أولم يشهد اذا قال أخذته لأرده والقول قوله فى ذلك مع يمينه اذا علم انه كان آبقا فلوأنكر المولى اباقه فالقول له لان سبب الضمان وهوأخذ مال الغير بغيراذنه ظهر من الراد ثم ادعى مايسقطه وهواذن الشارع باباقه والمالك منكر وكذا لايجب الجعل اذا جاءبه وأنكر المولى اباقه الاأن يشهد شهودانه أبق من مولاه أويشهدوا على اقرار المولى باباقه (قوله ولوأعتقه المولى كمالقيه) أى رآه قبل قبضه (يصير بالاعتاق قابضا) فيجب الجعل (كمافى العبد المشترى) اذا أعتقه قبل القبض يصير به قابضا ويجب الثمن (وكذا اذا باعه المولى من الراد) أى قبل قبضه يصيربه قابضا (لسلامة بدله) وهوالثمن له فان قيل للرد حكم البيع من المالك فبيع المالك من الراد قبل قبضه بيع مالم يقبض وهولايجوز أجاب بقوله (لكنه بيع من وجه) لامن كل وجه (فلا يدخل تحت النهى) المطلق (عن بيع مالم يقبض فجاز) وأوردان الشبهة ملحقة بالحقيقة فى الحرمات أجاب بان هذه شبهة الشبهة ولاعبرة بها وهذا لأنه لوشرط رضا المالك كان الثابت الشبهة لأنه ملكه حقيقة فمع عدم الرضا الثابت شبهة الشبهة (قوله وينبغى اذا أخذه أن يشهدانه يأخذه ليرده) قال المصنف (فالاشهادحتم فيه) أى فى أخذ الآبق (عليه) أى على الآخذ (على قول أبى حنيفة ومحمد) وتفسير بعضهم حتم بانه واجب تساهل والا يلزم بتركه استحقاق العقاب ونقطع بأنه اذا أخذه بقصد الرد الى المالك واتفق انه لم يشهد لااثم عليه وانما الاشهادشرط عندهما خلافا لأبى يوسف لاستحقاق الجعل ولسقوط الضمان ان مات عنده أوأبق (لان ترك الاشهادامارة انه أخذه لنفسه فصاركما لواشتراه) الراد(من الآخذ أواتهبه) منه (فرده على مولاه لاجعل له لانه رده لنفسه) لانه بالشراء أوالاتهاب قاصد لتملكه ظاهرا فيكون غاصبا فى حق سيده فرده لاسقاط الضمان عن نفسه وهذا معنى قوله رده لنفسه وكذا لوأوصى له به أوورثه فى كل ذلك يكون قابضا لنفسه فيضمنه فاذارده لاجعل له لأنه لنفسه لأنه يسقط الضمان عن نفسه الاأن يشهد عند الشراء من الآخذ انه انما اشتريته لأرده على مالكه لانه لايقدر على رده الابشرائه فحينئذ (يكون له الجعل) ولايرجع على السيد بشئ من الثمن لانه متبرع به كما لوانفق عليه بغيراذن القاضى (قوله وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن) لان بالرد حييت ماليته

(وكذا اذامات فى يده فلاشئ عليه لماقلنا) انه أمانة عنده (ولوأعتقه المولى) أى أعتقه قبل أن يقبضه (وقت لقائه صار قابضا بالاعتاق) فيجب عليه الجعل وأشار بقوله بالاعتاق الى انه لودبره مكان الاعتاق لم يصر قابضا والفرق بينهما ان الاعتاق اتلاف للمالية فيصير به قابضا كمالوأعتق المشترى العبد المشترى قبل القبض وأما التدبير فليس باتلاف للمالية فلايصير به المولى قابضا الاأن يصل الى يده (وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له) وهذا بخلاف الهبة فان المولى لايصير بها قابضا قبل الوصول الى يده لان فى الهبة قبل القبض لم يصل العبد الى يد المولى ولا بدله فلا يكون لها حكم القبض وقوله والردوان كان له حكم البيع جواب عمايقال قد قلتم من قبل ان الرد فى معنى البيع من المالك ثم جوزتم بيع المالك من الراد قبل أن يقبضه فيجب أن لايجوز لدخوله تحت النهى الوارد عن بيع مالم يقبض وتقرير الجواب ان النهى عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والردليس ببيع كامل بل هو بيع من وجه من حيث اعادة ملك التصرف اليه فقط لأن ملك الرقبة لايزول عن المولى بالاباق فلايكون داخلا تحت النهى فيكون جائزا وقوله (وينبغى اذا أخذه أن يشهدانه أخذه ليرده) ظاهر وقوله (فان كان الآبق رهنا) سيأتى الكلام فيه فى الرهن ان شاءالله تعالى وقوله (والجعل بمقابلة احياء المالية) فيه نظر لأنه يلزمه اذارد أم الولد وماثمة احياء المالية عند أبى حنيفة وأجيب بأنه لامالية فيها باعتبار الرقبة ولها مالية باعتبار كسبها لانه أحق بكسبها وقد أحيا الراد ذلك برده وما

والرد فى حياة الراهن و بعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه فان كانت أكثر فبقدر الدين عليه والباقى على الراهن لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقى للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فتجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب فى هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبى فالجعل فى ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذى يتولى الرد فيه

ومالية حق المرتهن لان الاستيفاء منها والجعل على من حييت له المالية ألا ترى ان بالاباق سقط دين المرتهن كما بالموت و بالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من ماليته كما لو ماتت الشاة المرهونة فدبغ جلدها فان الدين يعود به (والرد فى حياة الراهن وموته سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا) أى كون الجعل على المرتهن (اذا كان قيمة العبد مثل الدين أو أقل فان كانت أكثر من الدين) قسم الجعل على الراهن والمرتهن فما أصاب الدين على المرتهن وما بقى على الراهن مثلا الدين ثلثمائة وقيمة الرهن أربعمائة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن عشرة وصار الجعل كثمن دواء الرهن وتخليصه من الجناية بالفداء ان كان الدين أكثر من قيمته انقسم انقساما عليهما كذلك (قوله وان كان مدبونا) أى ان كان العبد الآبق مديونا بان كان مأذونا فلحقه فى التجارة دين أو أتلف مال الغير واعترف به المولى فالجعل على من يستقر الملك له لأنه مؤنة الملك والملك فى العبد بعد مباشرته سبب الدين كالموقوف ان اختار المولى قضاء دينه كان الجعل عليه لان الملك استقر له وان اختار بيعه فى الدين كان الجعل فى الثمن يبدأ به قبل الدين لما قلنا انه مؤنة الملك والباقى للغرماء فظهر ان قول المصنف (فيجب) أى الجعل على من يستقر له الملك تجوز فانه لا يجب على المشترى وكأنه جعل ملك ثمنه بمنزلة ملكه (وان كان) أى العبد (جانيا) أى جنى خطأ فلم يدفعه مولاه ولم يفده حتى أبق فرده من مسيرة ثلاثة أيام فهو على القياس يكون الجعل على من يصير له ان اختار المولى فداءه فهو عليه لعود منفعته اليه فان اختار الدفع الى أولياء الجناية فعليهم لعودها اليهم ولو كان قتل عمدا فأبق ثم رد لا جعل على أحد أما المولى فلأنه ان قتل لم يحصل له بالرد منفعة وان عفا عنه فانما حصلت بالعفو وأما ولى القصاص فان قتل فالحاصل له التشفى لا المالية وان عفا فظاهر (وان كان موهوبا) فان أبق ممن وهب له ثم رد (ف) الجعل (على الموهوب له) سواء رجع الواهب فى هبته بعد الرد أو لا أما اذا لم يرجع فظاهر وأما ان رجع بعد المجئ فلانه وان حصلت له المالية لكن لم تحصل بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فى العبد بعد رده مما يمنع رجوعه من بيعه وهبته وغير ذلك وأورد عليه انه حصل بالمجموع من ذلك ومن الرد أجيب بان الترك آخر جزأى العلة واليها يضاف الحكم وأما الجواب بانه اذا ثبت بالكل لا يكون بالرد وحده فلا يدفع الوارد على المصنف بل يقرره (وان كان) الآبق (لصبى فالجعل فى ماله) لما تقدم (انه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له) وقد بيناه فى التقسيم وكذا اليتيم يعوله رجل فرد آبقا له لانه اذا كان تبرع له بمؤنته من مال نفسه فكيف لا يتبرع له بما هو دونه مع ان العرف فيه التبرع وفى الكافى للحاكم أبقت أمة ولها ولد رضيع فردهما رجل له جعل واحد فان كان ابنها قارب الحلم فله ثمانون لان من لم يراهق لم يعتبر آبقا وفى الذخيرة والمحيط لو أخذ آبقا فغصبه منه آخر وجاء به الى مولاه وأخذ جعله ثم جاء آخر وأقام بينة انه أخذه يأخذ الجعل منه ثانيا ويرجع السيد على الغاصب بما دفع اليه ولو جاء بالآبق من مسيرة سفر

الغير وأقر به مولاه (قوله كالموقوف) يعنى بين أن يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين أن يصير للغرماء متى اختار البيع ولما توقف الملك فى العبد توقف مؤنة الملك وهو الجعل (قوله وان كان) أى الآبق (موهوبا فالجعل على الموهوب له وان رجع الواهب فى هبته بعد الرد) وانما ذكر إن الواصلة هنا لدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله بقوله فتجب على من يستقر الملك له وبقوله فعلى المولى ان اختار الفداء فعلى كلا التقديرين كان ينبغى أن يجعل الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين فى حقه ووجه الدفع (أن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد) أى برد الآبق (بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد) من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذى يمنع الواهب عن الرجوع فى هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو ترك الموهوب له الفعل ورد الراد أجيب بانه كان كذلك لكن ترك الموهوب له الفعل آخرهما وجودا فيضاف الحكم اليه كما فى القرابة مع الملك فيضاف العتق الى آخرهما وجودا

كذا هذا وقوله (وان كان لصبى الى آخره) ظاهر وبالله التوفيق

قوله (فعلى المولى ان اختار الفداء الخ) أقول لعود المنفعة اليه

قد تقدم وجه مناسبة ذكر هذا الكتاب هنا والمفقود مشتق من الفقد وهو في اللغة من الاضداد يقال فقدت الشيء أي أضللته وفقدته أي طلبته وكلا المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم في طلبه وذكر في الكتاب مايدل على مفهومه الشرعي وهو قوله (اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولم يعلم أحي هو أم ميت) وقوله (نصب القاضي من يحفظ ماله و يقوم عليه و يستوفي حقه) اشارة الى بيان حكمه في الشرع وكلامه واضح (٤٤٠) (قوله ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل) بان كان الشيء مشتركا بين المفقود وغيره

﴿ كتاب المفقود ﴾

(اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله و يقوم عليه و يستوفي حقه) لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لاخفاء انه يقبض غلاته والدين الذي أقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ و يخاصم في دين وجب بعقده لانه أصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه

فلما دخل البلد أبق من الآخذ فوجده آخر فرده الى سيده ان جاء به من مدة السفر فالجعل له وان وجده لاقل فجاء به لا جعل لواحد منهما وفي المبسوط لا جعل للسلطان والشحنة أو الخفير في رد الآبق والمال من قطاع الطريق لوجوب الفعل عليهم والاولى أن يقال لاخذهم العطاء على ذلك ونصبهم له

﴿ كتاب المفقود ﴾

هو الغائب الذي لا يدرى حياته ولا موته (قوله اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله و يقوم عليه) أي على ماله (و يستوفي حقوقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبي والمجنون) فعلى القاضي أن يفعل في أمرهم ما ذكرنا (وقوله) أي قول القدوري (يستوفي حقوقه يريد أنه يقبض غلاته والدين الذي أقر به غريم و يخاصم في دين وجب بعقده) أي بعقد الذي نصبه القاضي (لانه أصيل في حقوق عقده ولا يخاصم في الدين الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل) ولا في حق من الحقوق اذا جحد من هو عنده أو عليه لانه ليس بمالك ولا نائب انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بقبض الدين من جهة المالك) عند أبي حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لا يملك (واذا كان كذلك) يعني اذا كان وكيل القاضي لا يملك الخصومة (فلو قضى بخصومته كان قضاء على الغائب) والاوجه أن يقول للغائب والقضاء عليه فيما لو ادعى انسان على المفقود دينا أو وديعة أو شركة في عقار أو رقيق أو ردا بعيب أو مطالبة لاستحقاق لا تسمع الدعوى ولا البينة لانهما انما يسمعان على خصم والوكيل ليس خصما والورثة انما يصيرون خصماء بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغائب (وهو لا يجوز الا اذا رآه القاضي) أي اذا رأى القاضي المصلحة في الحكم للغائب وعليه فحكم فانه ينفذ لانه مجتهد فيه فان قيل ينبغي أن لا ينفذ

(قوله وانه) أي الوكيل من جهة القاضي (لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين) فانه عند أبي حنيفة رحمه الله يملك الخصومة وعندهما لا يملكها (واذا كان كذلك) يعني أن وكيل القاضي لما لم يملك الخصومة كان حكم القاضي بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغائب والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز لان القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغائب غير متصورة (الا اذا رآه القاضي) أي جعل ذلك رأيا له وحكم به فحينئذ يجوز لان القضاء اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف أجيب بأن المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أولا فاذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف

﴿ كتاب المفقود ﴾

(قوله وهو في اللغة من الاضداد الخ) أقول انت خبير بان الطلب ليس ضد الاضلال الا أن يكون حتى اطلاق الضد توسعا بناء على ان الطلب سبب للوجدان فأقيم مقامه فليتأمل قال المصنف (يتضمن الحكم به قضاء على الغائب) أقول فيه شيء والظاهر أن يقال قضاء للغائب (قوله والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز) أقول في فصل القضاء بالمواريث من شرح الاتقاني وأحال على المختلف انه قيل يجوز القضاء للغائب عندهما ولا يجوز عنده

ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى (ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها) لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال (وينفق على زوجته وأولاده من ماله) وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة

حتى يمضيه قاض آخر لان نفس القضاء مجتهد فيه كما لو كان القاضي محدودا في قذف فان نفاذ قضائه موقوف على أن يمضيه قاض آخر أجيب بمنع انه من ذلك بل المجتهد سببه وهو هذه البينة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر أم لا واذا قضى به انفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف وفي الخلاصة الفتوى على هذا (ثم ما كان يخاف عليه الفساد) كالثمار ونحوها (يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب بحفظ معناه) ولا يبيع ما لا يخاف فساده منقولا كان أو عقارا (في نفقة ولا غيرها لان القاضي لا ولاية له على الغائب الا في الحفظ) وفي البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجئ فلا يجوز فان لم يكن له مال الا عروض أو عقار أو خادم واحتاج ولده أو زوجته الى النفقة لا يباع بخلاف الوصي فانه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب لان ولايته ثابتة فيما يرجع الى حق الموصي وبيع العروض فيه معنى حقه وربما يكون حفظ الثمن للايصال الى ورثته أيسر وهنا الولاية للقاضي على المفقود الا في الحفظ وفي المبسوط وقال أبو حنيفة ان كان له أب محتاج فله أن يبيع شيأ من عروضه وينفقه عليه وليس له بيع العقار وهو استحسان وفي القياس ليس له بيع العروض وهو قولهما وذكر الكرخي أن محمدا ذكر قول أبي حنيفة في الامالي وقال هو حسن وجه الاستحسان ان الاب وان زالت ولايته بقي أثرها حتى صح استيلاده جارية ابنه مع أن الحاجة الى ذلك ليس من أصول الحوائج واذا ثبت بقاء أثر ولايته كان كالوصي في حق الوارث الكبير وللوصي بيع العروض دون العقار (وينفق على زوجته وأولاده من ماله) يعني الحاصل في بيته والواصل من ثمن ما يتسارع اليه الفساد ومن مال مودع عند مقر ودين على مقر قال المصنف (وليس هذا مقصورا على الاولاد) قلت ولا هو على اطلاقه فيهم بل يعم قرابة الولاد يعني من الاب والجد وان علا (والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته) لان لهم أن يأخذوا حاجتهم بيدهم من ماله اذا كان جنس حقهم من النقد والثياب للبس فكان اعطاء القاضي ان كان المال عنده أو تمكينهم ان كان عندهم اعانة لا قضاء على الغائب فانهم كانوا ماذونين شرعا أن يتناولوا بأنفسهم (وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله) فمن الاول أعني المستحقين بلا قضاء (الاولاد الصغار والاناث الكبار) اذا لم يكن لهم مال وكذا الاب والجد والزمنى من الذكور الكبار فكل من له مال لا يستحق النفقة عليه في حال حضوره فضلا عن غيبته الا الزوجة فانها تستحق وان كانت غنية لان استحقاقها بالعقد والاحتباس واستحقاق غيرها بالحاجة وهي تنعدم بالغنى (ومن الثاني) يعني من لا يستحق الا بالقضاء (الاخ والاخت والخال والخالة) ونحوهم من قرابة غير الولاد (وقوله) أي قول القدوري (من ماله) يعني الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن في ماله) عين المطعوم والملبوس (يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر) أي غير المضروب (كذلك لانه يصلح قيمة

(قوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي) ظاهر (قوله ومن الثاني الاخ والاخت) انما كان من الثاني لانها نفقة ذي الرحم المحرم وهي مجتهد فيها فلا تجب الا بالقضاء أو الرضا) ولهذا لم يكن لهم الاخذ بدون القضاء او الرضا وقوله (فاذا لم يكن ذلك) يعني الملبوس والمطعوم في ماله

كالمضروب وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة أو دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان أحدهما ظاهرا الوديعة والدين أو النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح فان دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما أدى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بأمر القاضي لان القاضي نائب عنه وان كان المودع والمديون جاحدين أصلا أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة

كالمضروب) وهذا اذا كانت الدراهم والدنانير والتبر في يد القاضي (فان كانت وديعة أو دينا ينفق عليهم منها) ان كان المودع مقرا بالوديعة والنكاح والنسب والمديون كذلك مقر بالدين والنكاح والنسب (وهذا) يعني اشتراط اقرارهما بالنكاح والنسب (اذا لم يكونا ظاهرين) عند القاضي (فان كانا ظاهرين) معروفين له (فلا يحتاج الى اقرارهما بهما ولو كان الظاهر عنده أحدهما الوديعة والدين أو النكاح والنسب) جعل كل اثنين واحدا (يشترط اقرار) من في جهته المال بالآخر الذي ليس ظاهرا فيقر في الاول عند القاضي أن هذه زوجته وهذا ولده وفي الثاني بأن له عندي وديعة أو علي دينه (وقوله هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس الذي قال به زفر لأن هذا اختلاف الروايتين قال لا ينفق من الوديعة شيأ عليهم لان اقرار المودع بذلك ليس حجة على الغائب وهو ليس خصما عن الغائب ولا يقضى على الغائب بلا خصم ومثل هذا في الدين أيضا قلنا المودع مقر بأن ما في يده ملك الغائب وان للولد والزوجة حق الانفاق منه واقرار الانسان بما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود ومثل هذا القياس ليس في الوديعة والدين خاصة بل في جميع أموال المفقود وقد يقال أيضا في جوابه نعم القياس ما ذكرت لكنا استحسنا ذلك بحديث هند امرأة أبي سفيان وقد أسلفناه قال فيه خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك بالمعروف اذ هو يفيد مطلقا جواز الانفاق من مال الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة والولد ثم اذا ثبت في الزوجة والولد على خلاف القياس لا يلحق به قرابة غير الولاد بالقياس وثبوت نفقة الاب بالدلالة لان حقه فيها آكد من حق الولد فان الولد لا يستحقها بمجرد الحاجة بل اذا كان عاجزا عن الكسب والاب يستحقها بمجردها وان كان يقدر على الكسب (قوله ولو دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما أدى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بأمر القاضي لان القاضي نائب عنه) فكان له أن يأمر هؤلاء بالقبض وليس القاضي نائبا في الحفظ فقط بل فيه وفي ايفاء ما عليه من الحقوق أيضا مما لا يحتاج في ثبوته عنده الى سماع بينة ولذا جاز له أن يوفي ما عليه من دين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه المأمور بالحفظ فقط فيضمن اذا أعطاهم بلا أمره فان قيل ينبغي ان لا يضمن المودع اذا دفعها اليهم لانه لو رد الوديعة الى من في عيال المودع برئ أجيب بان ذلك اذا دفعها اليهم للحفظ عليه لا للاتلاف والاحسن ان يأخذ القاضي منها كفيلا لاحتمال انه طلقها قبل ذهابه أو عجل لها النفقة لكن لو لم يأخذ جاز لانه لا يجب أخذ الكفيل الا لخصم وليس هنا خصم طالب هذا (فلو كان المودع والمديون جاحدين أصلا) أي جاحدين لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية (أو جاحدين النسب والزوجية) معترفين بالوديعة والدين وليسا ظاهرين عند القاضي (لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة) الزوجة أو الاب أو الابن (خصما في ذلك) أي في اثبات الدين أو النسب أو الوديعة باقامة البينة على شيء من ذلك لان المودع والمديون ليسا خصما في ثبوت الزوجية والقضاء بها ولا ما يدعيه للغائب سببا متعينا لثبوت حقه الذي هو النفقة

الاقرار انما هو (اذا لم يكونا) أي الدين والوديعة أو النكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيأ واحدا والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية (قوله هذا هو الصحيح) احترازعن جواب القياس وهو قول زفر انه لا ينفق منهما عليهم بالاقرار لان اقرار المودع ليس بحجة على الغائب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنا نقول المودع مقر بان ما في يده ملك الغائب وان للزوجة والولد حق الانفاق منه واقرار الانسان فيما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود وقوله (لان القاضي نائب عنه) اعترض عليه بان القاضي نائب عن الغائب في القبض للحفظ ولا حفظ في القبض للانفاق على هؤلاء فلا يكون نائبا وأجيب بان القاضي نائب عنه في ايفاء ما عليه من الحقوق كما هو نائب عنه في الحفظ ولهذا جاز له أن يوفي ما عليه من الدين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه نائب عنه في الحفظ فقط فان قلت اذا دفع المودع بغير أمر القاضي وجب أن لا يضمن لانه دفعها الى من في عيال المودع ولا ضمان عليه في ذلك أجيب بأن الدفع اليهم لا يوجبه اذا كان للحفظ والدفع للانفاق دفع للاتلاف وقوله (لان ما يدعيه للغائب) معناه ان الخصومة لا تسمع الا من (لانها المالك أو نائبه والمالك غائب ولا نائب له حقيقة لانه لم يوكل وهو ظاهر ولا حكما لان ما يدعيه للغائب لم يتعين له سببا لثبوت حقه وهو النفقة

لانها كما تجب فى هذا المال تجب فى مال آخر للمفقود) ولا يكون الثابت حكما الا فى مثل ذلك وسيجىء تمامه فى كتاب القضاء ان شاء الله تعالى قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) كلامه واضح وقصة من استهوته الجن أى جرته الى المهاوى وهى المهالك ماروى عبد الرحمن بن أبى ليلى قال انا لقيت المفقود فحدثنى حديثه قال أكلت خزيرا فى أهلى فخرجت فأخذنى نفر من الجن فكنت فيهم ثم بدا لهم فى عتق فأعتقونى ثم أتوا بى قريبا من المدينة فقالوا أتعرف النخل فقلت نعم فخلوا عنى فجئت فاذا عمر بن الخطاب قد أبان امرأتى بعد أربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخيرنى عمر رضى الله عنه بين أن يردها على وبين المهر قال مالك وهذا مما لا يدرك بالقياس فيحمل على المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضى بينهما بعد مضى مدة اعتبارا بالايلاء والعنة) والجامع بينهما منع الزوج حق المرأة ورفع الضرر عنها فان العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضى سنة لرفع الضرر عنها وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لرفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود أظهر من عذر المولى والعنين فيتعين فى حقه المدتان فى التربص بأن تجعل السنون مكان الشهور فتتربص أربع سنين (عملا بالشبهين) (قوله ولنا) ظاهر وحاصله ان البيان فى الحديث المرفوع الى النبى عليه الصلاة والسلام مجمل وقول على رضى الله عنه خرج بيانا لذلك المبهم

لانها كما تجب فى هذا المال تجب فى مال آخر للمفقود قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) وقال مالك اذا مضى أربع سنين يفرق القاضى بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضى الله عنه هكذا قضى فى الذى استهواه الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضى بينهما بعد مضى مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول على رضى الله عنه فيها هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق خرج بيانا للبيان المذكور فى المرفوع

(لانها كما تجب فى هذا المال تجب فى مال آخر للمفقود) وستعرف تفصيل هذا ان شاء الله تعالى فى أدب القاضى (قوله ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى أربع سنين يفرق القاضى بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضى الله عنه هكذا قضى فى الذى استهوته الجن بالمدينة ولانه منع حقها بالغيبة) وان كان عن غير قصد منه (فيفرق بينهما القاضى بعد مضى مدة اعتبارا بالايلاء والعنة) فانه يفرق بينهما فيهما بعد مدة كذلك وهذا منه فى الايلاء بناء على انه لا يوجب الفرقة بمجرد مضى المدة بل بتفريق القاضى بعدها وبعد هذا الاعتبار أخذ فى المدة الاربع من الايلاء والسنين من العنة بجامع دفع الضرر عنها (عملا بالشبهين) وحديث الذى أخذته الجن رواه ابن أبى شيبة حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو عن يحيى بن جعدة أن رجلا انتسفته الجن على عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه فأتت امرأته عمر فأمرها أن تتربص أربع سنين ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ثم أمرها أن تعتد فاذا انقضت عدتها تزوجت فان جاء زوجها خير بين امرأته والصداق وأخرج عبد الرزاق عن سفيان الثورى عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيد الذى فقد قال دخلت الشعب فاستهوتنى الجن فمكثت أربع سنين ثم أتت امرأتى عمر الحديث بمعنى الاول وأخرجه عبد الرزاق من طريق آخر وفيه فقال له عمر لما جاء ان شئت رددنا اليك امرأتك وان شئت زوجناك غيرها قال بل زوجنى غيرها ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره ورواه الدارقطنى وفيه ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشرا وروى مالك فى الموطا أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال ايما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فانها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل وأسند ابن أبى شيبة عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا فى امرأة المفقود تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا وأسند ابن أبى شيبة عن جابر بن زيد تذاكر ابن عمر وابن عباس المفقود فقالا تتربص امرأته أربع سنين ثم يطلقها ولى زوجها ثم تتربص أربعة أشهر وعشرا قال المصنف (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان) أخرجه الدارقطنى فى سننه عن سوار بن مصعب حدثنا محمد بن شرحبيل الهمدانى عن المغيرة بن شعبة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان وفى بعض نسخه حتى يأتيها الخبر وهو مضعف بمحمد بن شرحبيل قال ابن أبى حاتم عن أبيه أنه يروى عن المغيرة مناكير أباطيل وقال ابن القطان وسوار بن مصعب

قوله (قال أكلت خزيرا) أقول بالخاء المعجمة (قوله وحاضت وانقضت الخ) أقول يتبادر منه أن يكون اعتدادها بالحيض مع انه قال تعتد عدة الوفاة فالاولى حذف قوله وحاضت من البين (قوله وبين المهر) أقول أى أخذ مهر المثل من الزوج الثانى (قوله وبين المولى وامرأته) أقول فى التركيب شىء الا أن يقدر الفعل بعد الواو العاطفة ويقال ويفرق بين المولى ويكون العطف على جملة فان العنين الخ (قوله ولكن عذر المفقود أظهر الخ) أقول فى أظهريته من عذر العنين تأمل الا انه يقال اقدامه مع عنته على التزوج ينقص من عذره (١) خ النخيل اه

(قوله وعمر رضى الله عنه رجع الى قول على رضى الله عنه) رواه ابن أبي ليلى (قوله ولا معتبر بالايلاء) جواب عن قياس مالك فى صورة النزاع على الايلاء وهو ظاهر فان الايلاء اذا كان طلاقا كان مزيلا للملك بخلاف المفقود فانه لم يظهر منه طلاق لا معجل ولا مؤجل (قوله ولا بالعنة) جواب عن القياس بالعنة وتقريره أن العنة بعدما استمرت سنة كانت طبيعة والطبيعة لا تنحل ففات حقها على التأبيد فيفرق بينهما بعد سنة دفعا للضرر عنها بخلاف امرأة المفقود فان حقها مرجو قبل مضى أربع سنين وبعده (قوله واذا تم له مائة وعشرون سنة)

ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت فى حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضى الله عنه رجع الى قول على رضى الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر فى الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة قال (واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) قال رضى الله عنه وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وفى ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفى المروى عن أبي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشئ

أشهر فى المتروكين منه ثم عارض المصنف بقول على قول عمر وهو ما روى عبد الرزاق أخبرنا محمد بن عبد الله العزرمى عن الحكم بن عتيبة أن عليا رضى الله عنه قال فى امرأة المفقود هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق أنبأنا معمر عن ابن ابى ليلى عن الحكم أن عليا مثله وقال أخبرنا ابن جريج قال بلغنى ان ابن مسعود وافق عليا على انها تنتظر أبدا وأخرج ابن أبي شيبة عن أبي قلابة وجابر بن يزيد والشعبى والنخعى كلهم قالوا ليس لها أن تتزوج حتى يستبين موته وقوله ولان النكاح الخ الحاصل ان المسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فذهب عمر الى ما تقدم وذهب على رضى الله عنه الى انها امرأته حتى يأتيها البيان والشأن فى الترجيح والحديث الضعيف يصلح مرجحا لا مثبتا بالاصالة وما ذكر من موافقته ابن مسعود مرجح آخر ثم شرع المصنف فى مرجح آخر فقال (ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت فى حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك) وذكر أن عمر رضى الله عنه رجع الى قول على ذكره ابن أبي ليلى قال ثلاث قضيات رجع فيها عمر الى قول على امرأة المفقود وامرأة أبى كنف والمرأة التى تزوجت فى عدتها وقولنا فى الثلاث قول على رضى الله عنه فامرأة المفقود عرفت وأما امرأة أبى كنف فكان أبو كنف طلقها ثم راجعها ولم يعلمها حتى غاب ثم قدم فوجدها قد تزوجت فأتى عمر رضى الله عنه فقص عليه القصة فقال له ان لم يكن دخل بها فأنت أحق بها وان كان دخل بها فليس لك عليها سبيل فقدم على أهلها وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم ان لى اليها حاجة فخلوا بينى وبينها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا الى الامير بكتاب عمر فعرفوا انه جاء بأمرين وهذا أعنى عدم ثبوت الرجعة فى حقها اذا لم تعلم بها حتى اذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثانى لم يبق للاول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجع الى قول على ان مراجعته اياها صحيح وهى منكوحته دخل بها الثانى أو لا وأما المرأة التى تزوجت فى عدتها فالمرأة التى ينعى اليها زوجها فتعتد وتتزوج وكان مذهبه فيها اذا أتى زوجها حيا يخيره بين أن ترد عليه وبين المهر وقد صح رجوعه الى قول على وهو ان يفرق بينها وبين الثانى ولها المهر عليه بما استحل من فرجها وترد الى الاول ولا يقربها حتى تنقضى عدتها من ذلك قال (ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فى الجاهلية فاعتبر فى الشرع مؤجلا) وهذا على رأينا بان الوقوع به عند انقضاء المدة بالايلاء لا يتوقف على تفريق القاضى قال (ولا بالعنة) لان الغيبة فى الغالب تعقبها الرجعة (والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة) فكان عود المفقود أرجى من زوال العنة بعد مضى السنة فلا يلزم أن يشرع فيه ما شرع فيها (قوله واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) قال المصنف رحمه الله (هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وفى ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفى المروى عن أبي يوسف بمائة سنة وقدر بعضهم بتسعين والاقيس أن لا يقدر بشئ

اختلفت روايات أصحابنا فى مدة المفقود فروى الحسن عن أبي حنيفة انها مائة وعشرون سنة من يوم ولد فاذا مضت هذه المدة حكمنا بموته قيل وهذا يرجع الى قول أهل الطبائع والنجوم فانهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة وفى ظاهر الرواية يقدر بموت الاقران فانه اذا لم يبق أحد من أقرانه حيا حكم بموته لان ما تقع الحاجة الى معرفته فطريقه فى الشرع الرجوع الى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر وهل يعتبر بأقرانه فى جميع الدنيا أو فى الاقليم الذى هو فيه ذكرناه فى شرح الفرائض السراجية وفى المروى عن أبي يوسف بمائة سنة لان الظاهر أن لا يعيش أحد فى زماننا أكثر من مائة سنة وقدر بعضهم بتسعين لانه متوسط ليس بغالب ولا نادر والاقيس وهو أفعل تفضيل للمفعول وهو المقيس على طريق الشذوذ كقولهم أشغل من ذات النحيين أن لا يقدر بشئ من المقدرات كالمائة والتسعين ولكنه يقدر بموت الاقران لانه لو لم يقدر بشئ أصلا لتعطل حكم المفقود (والارفق

(قوله والطبيعة لا تنحل الخ) أقول فى كلامه اشارة الى ان قلما فى كلام المصنف للنفى (قوله فطريقه) أقول أى فطريق معرفته (قوله وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر) أقول قوله وبناء مبتدأ وقوله على الظاهر خبره (قوله أن لا يقدر بشئ من المقدرات الخ) أقول من القدر لا من القدرة (قوله لانه لو لم يقدر الخ) أقول تعليل لتقييد شئ بقوله من المقدرات كالمائة والتسعين

والارفق أن يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت (ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت) كأنه مات في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي

(والارفق أن يقدر بتسعين) وجه رواية الحسن ان الاعمار في زماننا قلما تزيد على مائة وعشرين بل لا يسمع أكثر من ذلك فيقدر بها تقديرا بالاكثر وأما ما قيل ان هذا يرجع الى قول أهل الطبائع فانهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من ذلك وقولهم باطل بالنصوص كنوح عليه السلام وغيره فما لا ينبغي أن يذكر توجيها للمذهب من مذاهب الفقهاء وكيف وهم أعرف بما دلت عليه النصوص والتواريخ بالاعمار السالفة للبشر بل لا يحل لاحد أن يحكم على أئمة المسلمين انهم اعتمدوا في قول لهم على أمر هم يعترفون ببطلانه و يوجبون عدم اعتباره في شيء من الاشياء ووجه ظاهر الرواية انه من النوادر أن يعيش الانسان بعد موت أقرانه فلا ينبغي الحكم عليه ثم اختلفوا فذهب بعض المشايخ الى ان المعتبر موت أقرانه من جميع البلاد وآخرون ان المعتبر موت أقرانه في بلده فان الاعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الاقطار بحسب اجرائه سبحانه وتعالى العادة ولذا قالوا ان الصقالبة أطول أعمارا من الروم فاعتباره معتبر بأقرانه في بلده ولان في ذلك حرجا كبيرا في تعرف موتهم من البلدان بخلافه من بلده فاعتبار ما فيه نوع حرج محتمل وأما المروي عن أبي يوسف فذكر عنه وجه يشبه أن يكون على سبيل المداعبة منه لهم قيل انه سئل عنه فقال أنا أبينه لكم بطريق محسوس فان المولود اذا كان بعد عشر يدور حول أبويه هكذا وعقد عشرا فاذا كان ابن عشرين فهو بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشرين فاذا كان ابن ثلاثين يستوي هكذا وعقد ثلاثين فاذا كان ابن أربعين يحمل عليه الاثقال هكذا وعقد أربعين فاذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الاثقال والاشغال هكذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين ينقبض للشيخوخية هكذا وعقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وعقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين تنضم أعضاؤه في بطنه هكذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مائة يتحول من الدنيا الى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى ولا شك ان مثل هذا لا يثبت الحكم وانما المعول عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطا والغالب فيمن طال عمره أن لا يجاوز المائة فقوله في المبسوط وكان محمد بن سلمة يفتي بقول أبي يوسف حتى تبين له خطؤه في نفسه فانه عاش مائة وسبع سنين ليس موجبا لخطئه لانه مبني على الغالب عنده وكونه هو خرج عن الغالب لا يكون مخطئا فيما أعطى من الحكم وكذا ذكر الامام سراج الدين في فرائضه عن نصير بن يحيى انها مائة سنة لان الحياة بعدها نادر ولا عبرة بالنادر وروي انه عاش مائة سنة وتسع سنين أو أكثر ولم يرجع عن قوله واختار الشيخ الامام أبو بكر محمد بن حامد انها تسعون سنة لان الغالب في أعمار أهل زماننا هذا وهذا لا يصح الا أن يقال ان الغالب في الاعمار الطوال في أهل زماننا أن لا تزيد على ذلك نعم المتأخرون الذين اختاروا الستين بنوه على الغالب من الاعمار والحاصل ان الاختلاف ما جاء الا من اختلاف الرأي في ان الغالب هذا في الطول أو مطلقا فلذا قال شمس الائمة الاليق بطريق الفقه ان لا يقدر بشيء لان نصب المقادير بالرأي لا يكون وهذا هو قول المصنف الاقيس الخ ولكن نقول اذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتبارا لحاله بحال نظائره وهذا رجوع الى ظاهر الرواية قال المصنف (والارفق) أي بالناس (أن يقدر بتسعين) وأرفق منه التقدير بستين وعندي الاحسن سبعون لقوله صلى الله عليه وسلم أعمار امتي ما بين الستين الى السبعين فكانت المنتهى غالبا وقال بعضهم يفوض الى رأي القاضي فأي وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة كأنه مات فيه معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي

والارفق أن يقدر بتسعين لانه أقل ما ذكر فيه من المقادير (قوله واذا حكم بموته) ظاهر

(قوله والارفق الى قوله لانه الخ) أقول في التعليل نوع قصور والاولى أن يضم اليه والتفحص عن حال الاقران انهم ماتوا أولا غير ممكن عادة كما صرح به العلامة السكاكي ولكن لا يخفى ان سلب الامكان انما يصح اذا اعتبر اقرانه في جميع البلدان ثم ذكر في شروح الفرائض السراجية انه ذهب بعضهم الى انها سبعون سنة لما ورد في الحديث المشهور في أعمار هذه الأمة ففي تعليل الشارح بحث الا ان يقال المراد المقادير التي يعتنيها وهذه ليست كذلك فليتأمل

وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصى) أى لا تصح الوصية بل توقف وذكر فى الذخيرة واذا أوصى رجل للمفقود بشئ فانى لا أقضى بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود لأن الوصية أخت الميراث وفى الميراث تحبس حصة المفقود الى أن يظهر حاله فكذلك فى الوصية والاصل المذكور فى الكتاب ظاهر (قوله وتصادقوا) أى الورثة المذكورون والاجنبى وانما قيد بالتصادق لأن الاجنبى الذى فى يده المال اذا قال قد مات المفقود قبل أبيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى البنتين لان اقرار ذى اليد فيما فى يده معتبر وقد أقر بأن ثلثى ما فى يده لهما فيجبر على تسليم ذلك اليهما وقول أولاد الابن أبونا مفقود لا يمنع اقرار ذى اليد لانهم لا يدعون لانفسهم شيأ بهذا القول ويوقف الباقى على يد ذى اليد حتى يظهر مستحقه هذا اذا

أقر من فى يده المال أما لو جحد أن يكون المال فى يده للميت فأقامت البنتان البينة أن أباهما مات وترك المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى البنتين النصف لانهما بهذه البينة تثبتان الملك لابيهما فى هذا المال والاب ميت واحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فى اثبات الملك له بالبينة واذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف ويوقف النصف الباقى على يد عدل لان الذى فى يده جحد وهو غير مؤتمن عليه وانما قيد بقوله والمال فى يد أجنبى لانه اذا كان فى يد الابنتين والمسئلة بحالها فان القاضى لا ينبغى له أن يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيأ للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج شيأ من أيديهما لان النصف صار بينهما بيقين والنصف الباقى للمفقود من وجه ويريد بقوله ولا يقف منه شيأ للمفقود أن لا يجعل شيأ مما فى يد الابنتين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال فى يد ولدى الابن المفقود فطلبت البنات ميراثهما واتفقوا على أن الابن مفقود فانه تعطى البنتان النصف وهو أدنى ما يصيبهما وترك الباقى فى يدى ولدى الابن المفقود من غير أن يقضى به لهما ولا لابيهما لانا لو قدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين فكان النصف متيقنا به

كانوا

(ومن مات قبل ذلك لم يرث منه) لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود احدا مات فى حال فقده) لان بقاءه حيا فى ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة فى الاستحقاق (وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصى) ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقى وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى أصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال فى يد الاجنبى وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود ولو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك (ولا ينزع من يد الاجنبى الا اذا ظهرت منه خيانة)

(قوله ومن مات منهم) أى ممن يرث المفقود (قبل ذلك) أى قبل أن يحكم بموت المفقود (لم يرث من المفقود) بناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فتجرى مناسخة فترث ورثته من المفقود (لانه لم يحكم بموت المفقود بعد) وحين مات هذا كان المفقود محكوما بحياته كما اذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود احدا مات فى حال فقده لان بقاءه حيا فى ذلك الوقت) يعنى وقت موت ذلك الاحد (باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة فى الاستحقاق) بل فى دفع الاستحقاق عليه ولذا جعلناه حيا فى حق نفسه فلا يورث ماله فى حال فقده ميتا فى حق غيره فلا يرث هو غيره (وكذلك) لو (أوصى له ومات الموصى) فى حال فقده قال محمد لا أقضى بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود يعنى يوقف نصيب المفقود الموصى له به الى أن يقضى بموته فاذا اقضى به جعل كأنه مات الآن وفى استحقاقه لمال غيره كأنه مات حين فقد وهذا معنى قولنا المفقود ميت فى مال غيره (قوله ثم الاصل انه اذا مات من بحيث يرثه المفقود ان كان مع المفقود وارث لا يحجب بالمفقود) حجب حرمان ولكنه ينتقص حقه به يعطى) ذلك الوارث (أقل نصيبيه ويوقف الباقى) حتى يظهر حياة المفقود أو موته أو يقضى بموته (وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى) لذلك الوارث شئ (بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن أو ابنة ابن والمال) الموروث (فى يد أجنبى وتصادقوا) أى الاجنبى والورثة (على فقد الابن وطلبت البنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به) لان أخاهما المفقود ان كان حيا فلهما النصف وان كان ميتا فلهما الثلثان فالنصف متيقن فتعطيانه (ويوقف النصف الآخر) فى يد الأجنبى الذى هو فى يده (ولا يعطى ولد الابن شيأ لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبى (الا اذا ظهرت منه خيانة) بان كان أنكر ان للميت عنده مالا حتى أقامت البنتان البينة عليه فقضى بها لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فانه حينئذ يؤخذ الفضل الباقى منه ويوضع فى يد عدل لظهور خيانته ولو

قال المصنف ولا ينزع من يد الاجنبى الخ أقول وفى العقار خلاف سيأتى فى فصل القضاء بالمواريث اذا جحد من فى يده والظاهر ان المراد هنا بالخيانة ما هو غير الجحود وان كان المفهوم من كلام بعض الشارحين انها هو هنا

ونظيرهـذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحـد على ماعليـه الفتوى ولو كان معه وارث آخران كان لايسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل المتيقن به كما فى المفقود وقد شرحناه فى كفاية المنتهى بأتم من هذا والله أعلم

كانوالم يتصادقوا على فقـد الابن بل قال الاجنبى الذى فى يده المال مات المفـقود قبل أبيه فانه يجبر على دفعـه الثلثين للبنتين لان اقراره معتبر فيما فى يده وقد أقر أن ثلثيـه للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع اقراره قول أولاد الابن أبونا أو عمنا مفقود لانهم بهذا القول لا يدعون لانفسهم شيأ و يوقف الثلث الباقى فى يده ولو كان المال فى يد البنتـين واتفقوا على الفقد لا يحول المال من موضعه ولا يؤخر شئ للمفقود بل يقضى للبنتين بالنصـف ميراثا و يوقف النصف فى أيديهـما على حكم ملك الميت فان ظهر المفقود حيا دفع اليه وان ظهر ميتا أعطى البنتان سدس كل المال من ذلك النصف والثلث الباقى لولد الابن للذكر مثـل حظ الانثيـين ولو قالت البنتان مات أخونا وليس بمفـقود وقال ولد الابن بل مفـقود والمال فى أيديهما أعطيتا الثلثين ووقف الثلث لانهما فى هذه يدعيان الثلثين والمال فى أيديهـما فان ظهر حياته أخـذ منهما السدس له ولو كان المال فى يد ولد المفـقود واتفقوا انه مفقود يعطى البنتان النصف لانهما انما ادعياه بالاقـرار بفـقده و يوقف النصـف الآخر فى يد من كان فى يده ولو ادعى ولد المفـقود ان أباهما مات لم أدفع اليهـما شيأ حتى تقوم البينة على موته قبـل أبيه أو بعده فاذا قامت على موته قبـله يعطى لهـم الثلث والثلثان للبنتـين لان الميت على هـذا مات عن بنتين وأولاد ابن وان قامت عليه بعده يعطى لهـم النصف لان الميت مات عن بنت وابن ثم مات الابن عن ولد قال المصنف (ونظيره) أى فى وقف المـيراث عنـد الشـك فى النصيب (الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ماعليـه الفتوى) واحـترز به عما روى عن أبى حنيفـة انه يوقف له مـيراث أربع بنـين لما قال شريك رأيت بالكوفة لابى اسمعيـل أربع بنـين فى بطن واحـد وعما عن محمـد ميراث ثلاثة بنين وفى أخرى نصيب ابنين وهو رواية عن أبى يوسـف وعن أبى يوسف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى (ولو كان مع الحمل وارث آخر لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل) يعطى كل نصيبه المتيقن به على كل حال وكـذا اذا ترك ابنا وامرأة حاملا تعطى المرأة الثمن (وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى) شيأ (وان كان ممن يتغير يعطى الاقل المتيقن به) مثاله ترك امرأة حاملا وجدة تعطى السدس لانه لا يتغـير لها ولو ترك حاملا وأخا وعما لا يعطى شـيأ لان الاخ يسقط بالابن وجائز أن يكون الحمل ابنا فكان بين أن يسـقط ولا يسقط فكان أصل الاستحقاق مشكوكا فيه فلا يعطى شيأ ولو ترك حاملا وأما أو زوجة تأخذ الام السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا أخـذت الام الثلث أو حيا أخذت السـدس والزوجة الثمـن لانه لو كان ميتا أخـذت الربع

والله الموفق
للصواب

﴿ تم الجزء الرابع ويليه الجزء الخامس وأوله كتاب الشركة ﴾

قوله (ونظيرهذا) يعنى المفقود الحمل فى حق توقف النصف فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ماعليه الفتوى وقد ذكرناه فى الرسالة وشرحها وشرح الفرائض السراجية فى علم الفرائض قوله (ولو كان معه) أى مع الحمل (وارث آخر) ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمـل يعطى كل نصيبه كما اذا ترك امرأة حاملا وجدة فان للجـدة السـدس لانه لا يتغير فرضها بالحمل وكذلك اذا ترك ابنا وامرأة حاملا فان المـرأة تعطى الثمن لانه لا تتغير فريضتها وان كان ممن يسقط بالحمل لا تعطى كان الابن والاخ أو العم فانه لو ترك امرأة حاملا وأخا أو عما لا يعطى الاخ والعم شيأ لان من الجائز أن يكون الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعم فلما كان ممن يسـقط بحال كان أصل الاستحقاق له مشكوكا فلا يعطى شـيأ لذلك وان كان ممن يتغير به يعطى الاقـل المتيقـن به كالزوجة والام فانه ان كان الحمل حيا ترث الزوجة الثمن والام السدس وان لم يكن حيا فهما يرثان الربع والثلث فتعطيان الثمـن والسـدس المتيقـن كما فى المفـقود يعنى انه اذا مات الرجل وترك جـدة وابنا مفقودا فللجدة السدس كما ذكرنا فى الحمـل لانه لا يتغير نصيبها وكذلك لو ترك أخا وابنا مفقودا لا يعطى الاخ شيأ وكذلك لو ترك أما وابنا مفقودا فانه ان كان المفقود حيا تستحق الام السدس وان كان ميتا تستحق الثلث كما فى الحمل والله أعلم

(قوله لو ترك امرأة حاملا وأخا الخ) أو عما أقول لم يذكر الابن هنا لانه علم حاله انفا مما ذكره فى المفقود

﴿فهرست الجزء الرابع من فتح القدير على شرح الهداية لشيخ الاسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى﴾

﴿تمت﴾